

<36619075980015

<36619075980015

Bayer. Staatsbibliothek

S

J. rom. c. 310 a-1

S. Rom. E. 310ª.

System

des

Pandekten-Rechts

von

Anton Friedrich Justus Thibaut,

ordentl. Professor des Rechts, Hofgerichts-Assessor, und Beysitzer des Schöppenstuhls in Jena.

Erster Band.

Jena,

bey Johann Michael Mauke.

1805.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Vorrede.

Ich habe den, an sich sonderbaren Titel: System des Pandekten-Rechts, für diese Schrift gewählt, weil ich keinen kenne, welcher das, was ich liefern wollte, besser bezeichnet. Meine Absicht war, im Wesentlichen das Materielle des bisherigen Pandekten-Vortrages beyzubehalten; aber alles in einer neuen systematischen Verbindung darzustellen. Auf reines Römisches Recht konnte ich mich nach meinem Plan nicht beschränken, weil es kein Collegium gibt, worin die tausendfältigen kleineren Abänderungen des Römischen Rechts angeführt werden; aber eben so wenig hielt ich es für räthlich, mich über einheimische Rechts-Institute zu verbreiten, worüber sich eine selbstständige Theorie in den gebräuchlichen Collegien über Lehnrecht, Kirchenrecht und Deutsches Privat-Recht aufstellen läfst, oder mich auf das,

was den praktischen Collegien bleiben muſs, mit einiger Bestimmtheit einzulassen. Meine Theorie des Processes enthält daher nur Andeutungen auf die eingeführten Formeln und Solennitäten, aber nirgend eine detaillirte Angabe dessen, was dahin gehört. Daſs ich dieſs alles that; daſs ich Deutsch, und nicht Lateinisch schrieb, auch überall, von der Wichtigkeit, und den unendlichen Schwierigkeiten des Pandekten-Vortrags überzeugt, nach der möglichsten Klarheit und Vollständigkeit strebte: darüber rechtfertige ich mich nicht, weil ich den Gegnern dieser Ansichten keine neuen entscheidenden Gründe anzugeben weiſs.

Ueber die systematische Anordnung sagte ich gern viel, aber es ist mir unmöglich, weil hier eine vollständige Erörterung zu viel enthalten würde. Nur um Zweyerley bitte ich meine Beurtheiler: erstlich, mich nicht darüber anzugreifen, wenn etwa hin und wieder das logische Decorum nicht geachtet seyn sollte; und zweytens, sich die Mühe zu geben, durch eine genaue Vergleichung aller Theile die Frage zu beantworten: ob es möglich sey, daſs Jemand in einer mehr natürlichen, von Willkühr entfernten Verbindung ein weniger unvollkommenes System aufstelle? Die von mir gewählte Ordnung ist kein Werk des Zufalls. Ehe ich eine Feder ansetzte habe ich mich lange damit beschäftigt, jedem kleinsten Theil seinen Platz anzuweisen, und ich hoffe, man wird überall finden, daſs ich, unter dem Vorbehalt

mündlicher Erläuterung, wenig mehr, als einige rohe Vorbegriffe aus den Institutionen, und etwas gesunden Verstand vorauszusetzen brauche. Daſs ich kein vollendetes System geliefert habe, gestehe ich gern, weil ich dieſs für absolut unmöglich halte. Wenn selbst der gründlichste Philosoph immer eine Masse von Erfahrungsbegriffen voraussetzen muſs: wie sollte der Jurist aus dem, ihm gegebenen Haufen verwirrter, willkührlicher Bestimmungen ein ideales System bilden können? Der Lehrer der Pandekten ist dabey noch durch die unnachlaſsliche Pflicht, zusammengehörende Lehren nicht zu zerreissen, so auf allen Seiten beschränkt, daſs sich eher ein Widerspruch, als ein, in jedem kleinsten Theil durchgängig logisch richtig geordnetes Pandekten-System denken läſst. Darum tadle man mich denn auch nicht, wenn ich z. B. auf den ersten hundert Seiten zehnmal von Männern, Weibern, und Handlungen sprach, ohne vorher eine Definition des Mannes, des Weibes, und einer Handlung aufzustellen. Es gibt eine gewisse (besonders leichte) Gründlichkeit, welche, genau betrachtet, nichts, als das Unvermögen, die reellen Bedürfnisse des Anfängers zu fühlen, verräth, und zu der seelenlosesten Gedächtniſskrämerey reitzt. Von diesem Fehler mich frey zu erhalten, und durch einen vernünftigen Gedankengang unmerklich auf die nöthigen Definitionen und Eintheilungen zu führen: darauf habe ich, so viel es mir möglich war, alle meine Kräfte zu verwenden gesucht.

Die grofsen Schwierigkeiten, welche bei einer Arbeit dieser Art überall jeden Schritt erschweren; die Umstände unter denen ich schrieb, und meine gänzliche Unfähigkeit, bei der Correctur des Drucks mich an Geduld und Genauigkeit zu gewöhnen: alles diefs läfst mich erwarten, dafs meine Schrift nicht frey von Fehlern seyn wird. Eine Anzeige derselben wird mir in jedem Betracht willkommen seyn; nur wünsche ich, dafs man nicht über Meinungen mit mir streiten möge. Es kommt bei allen Controversen auf die Gründe an; diese lassen sich aber in einem Lehrbuch des positiven Rechts selten vollständig angeben; und schwerlich wird man doch von mir vermuthen, dafs ich immer alte Meinungen aus den bisher dafür angegebenen Gründen vertheidige.

Jena, d. 10. Apr. 1803.

A. T.

Inhaltsanzeige des ersten Bandes.

Allgemeiner Theil.

Erster Theil.
Ueber Gesetze und Rechtswissenschaft an sich.
Erster Abschnitt.
Ueber die Natur der Gesetze überhaupt. §. 1 — 6.
Hier: über Gesetze und deren Arten, Rechte, Verbindlichkeiten, sowohl rechtliche, als moralische, und Gerechtigkeit.
Zweyter Abschnitt.
Ueber die Gesetze in Rücksicht ihres Ursprungs. §. 7 — 24.
I.) Natürliches Recht und dessen Gültigkeit im Staat. §. 7. 8.
II.) Positives Recht.
1.) Dessen Arten.
A.) Geschriebenes. Dessen Natur. §. 10. Arten:
a) Göttliches. §. 11.
b) Menschliches; und zwar
A.) recipirtes. §. 12. 13.
B.) einheimisches. §. 14.
B.) Ungeschriebenes. §. 15. Arten:
a.) Gerichtsgebrauch. §. 16.
b.) Gewohnheitsrecht. §. 17. 18.
c.) andre Arten. §. 19. insbesondre
d.) Statute der Gemeinheiten. §. 20. 21.
2.) Dessen Verbindungskraft, besonders im Fall eines Irrthums über Recht oder Thatumstände. §. 22 — 24.

Dritter Abschnitt.

Ueber die Gesetze in Rücksicht ihres Umfangs, und der Art ihrer Bekanntmachung. Hier: über ius commune, singulare, privilegia, edicta, decreta etc. §. 25 — 28.

Vierter Abschnitt.

Ueber das Verhältniſs der Gesetze zu einander, besonders im Fall einer Collision. §. 29. 30.

Fünfter Abschnitt.

Ueber Dauer und Aufhebung der Gesetze. §. 31 — 34.

Zweyter Theil.

Ueber den Zweck der Gesetze. Zur Erreichung desselben gehört:

I.) Auslegung der Gesetze. §. 35 — 45.

II.) Auslegung rechtlicher Geschäfte. §. 46. 47.

Dritter Theil.

Ueber das Product der Gesetze.

Erster Abschnitt.

Ueber Rechte und Verbindlichkeiten an sich betrachtet.

Erste Abtheilung.

Ueber Rechte. Aus deren Natur folgt:

1.) Freiheit zu handeln. §. 49.

2.) Möglichkeit des Zwanges. §. 50.

A.) Durch Klagen. Deren wichtigste Arten. §. 51 — 53.

B.) Durch Einreden. §. 54. 55.

C.) Repliken, Dupliken. §. 56.

3.) Recht der Nichtausübung und Entsagung. Hier besonders von Cessionen. §. 57 — 64.

Zweyte Abtheilung.

Ueber Verbindlichkeiten.

I.) Natur der Verbindlichkeit überhaupt.

1.) Ausschlieſsen des Entsagens und der

Willkühr, mit Ausnahme der alternativen Verbindlichkeiten. §. 65. 66. 67.
2.) Erfordert Möglichkeit der Handlung. §. 68.
3.) Pflicht zu zahlen. Dazu gehört:
A.) daſs sie dem Schuldner geschehe. §. 70. 71.
B.) Zahlungsfähigkeit. §. 72.
C.) Absicht zu zahlen. §. 73.
D.) Leistung des bestimmten Objects. §. 74. 75.
E.) Nicht Theilweise. §. 76.
F.) Am gehörigen Ort. Condictio de eo quod certo loco. §. 77. 78.
G.) Leistung der gehörigen Qualität, besonders bey Münzen. §. 79 — 83.
H.) Leistung zur gehörigen Zeit. Ueber Verzug. §. 84 — 87.
I.) Vollständige Leistung. Beneficium competentiae. §. 88 — 90.
K.) Ueber Zahlung im Fall mehrerer Schulden, Beweis der Zahlung, und Deposition der Schuld. §. 91 — 93.
II.) Bestärkungsmittel der Verbindlichkeit
1.) durch den Eid. §. 95. 96.
2.) durch Conventional-Strafen. §. 97.
Dritte Abtheilung.
Verhältniſs der Rechte und Verbindlichkeiten zu einander. Confusion, Concurrenz, Collision derselben. §. 98 — 100.
Vierte Abtheilung.
Nebenbestimmungen der Rechte und Verbindlichkeiten.
I.) Bedingungen. §. 102 — 108.

II.) Zeitbestimmung. Hiebey von der Zeitrechnung. §. 109 — 111.

III.) modus. §. 112.

Zweyter Abschnitt.

Ueber den Grund der Rechte und Verbindlichkeiten.

Erste Abtheilung.

Ueber Entstehung derselben.

Erstes Capitel.

Einleitung. Besonders über Willenshandlungen überhaupt.

Hier: über mittelbare, und unmittelbare Verbindlichkeiten; rechtliche Geschäfte, feyerliche und unfeyerliche; wahren, ausdrücklichen oder stillschweigenden, vermutheten und fingirten Willen. §. 113 — 123.

Zweytes Capitel.

Ueber Verträge insbesondere; und zwar die Fragen:

I.) Wer kann sie schliefsen? §. 124.

II.) Was gehört zur Einwilligung?

1.) Vollendete Uebereinkunft. Ueber die Arrha. §. 125. 126.

2.) Kein Irrthum. §. 127 — 129.

3.) Kein Betrug. §. 130. 131.

4.) Kein Zwang. §. 132 — 134.

5.) Keine Simulation. §. 135.

III.) Ueber welche Sachen? §. 136 — 141.

IV.) Welches sind die Wirkungen der Verträge?

1.) Nur Verhältnisse unter den Contrahenten. §. 142.

2.) Befreyung, oder Verpflichtung, jedoch verschieden in den Wirkungen bey den Römern, je nach-

dem der Vertrag ein pactum oder contractus ist. §. 143 — 150.

3.) Einseitige oder zweyseitige Verpflichtung. §. 151. 152.

4.) Verpflichtung zur Annahme. §. 153. und

5.) zur Uebernahme des Zufalls, aber dagegen auch zur Abtretung der Vortheile. §. 154 — 159.

6.) zur Evictions - Leistung. §. 160 — 171.

7.) zur Gewähr der Mängel und Eigenschaften. §. 172 — 178.

8.) Pflicht nicht über die Hälfte zu verletzen. §. 179 — 182.

9.) Uebergang auf die Erben. §. 183.

Zweyte Abtheilung.

Ueber das Aufhören derselben. §. 184 — 187.

Dritter Abschnitt.

Ueber das Subject der Rechte und Verbindlichkeiten. Hier die Fragen:

I.) Ueber Rechtsfähigkeit, und zwar

1.) die natürliche. §. 189 — 192.

2.) die bürgerliche. §. 193.

II.) Inwiefern kann Eine Person Subject mehrerer Rechte? §. 194. oder

III.) inwiefern können mehrere Subjecte Eines Rechts, oder Einer Verbindlichkeit seyn? Hier:

1.) über Communio. §. 195 — 197.

2.) Gemeinderechte. §. 198 — 203.

3.) Correal - Verhältnisse. §. 204 — 207.

IV.) Ueber juristisch - wichtige Verschiedenheiten der Personen.

1.) In Betreff des Geschlechts. §. 209. 210.

2.) Des Alters. §. 211.

3.) Der Gesundheit. §. 212.

4.) Der Verwandschaft. §. 213 — 218.
5.) Des Characters. Hier: über Infamie und levis notae macula. §. 219 — 225.
Vierter Abschnitt.
Ueber das Object der Rechte und Verbindtichkeiten, nämlich Handlungen.
Erste Abtheilung.
Wichtigste Arten der Handlungen. Hier: Eintheilung in mögliche, unmögliche, erlaubte, unerlaubte, zufällige, culpose, dolose Handlungen. §. 226 — 233.
Zweyte Abtheilung.
Ueber das Object der Handlungen, nämlich Sachen.
I.) Ueberhaupt solche, welche im Verkehr sind. §. 234.
II.) Arten.
1.) Körperliche, unkörperliche. §. 236.
2.) Bewegliche, unbewegliche. §. 237. 238.
3.) Fungibiles, non fungibiles. §. 239.
4.) Einfache, zusammengesetzte. §. 240.
5.) Theilbare, untheilbare. §. 241.
6.) Selbstständige, und Nebensachen. Zu den letzten gehören:
A.) Pertinenzen. §. 243.
B.) Verwendungen. §. 244.
C.) Früchte. §. 245 — 248.
D.) Schadensersatz und Interesse. Regeln über beide. §. 249 — 254.
E.) Zinsen. §. 255 — 267.
F.) Interusurium. §. 268.
Fünfter Abschnitt.
Ueber den Besitz der Rechte. §. 269 — 282.

Besonderer Theil.

A. Regierungsrecht.

Einleitung. §. 283 — 287.

Erster Theil.

Peinliches Recht in seinen Grundzügen. Hier blofs allgemeine Eintheilungen, und Erörterungen über actiones rei persecutorias, poenales, mixtas. §. 288 — 293.

Zweyter Theil.

Cameral- und Finanzrecht, in einer allgemeinen Uebersicht des gemeinen Rechts. §. 294 — 303.

Dritter Theil.

Polizey-Recht. Einleitung. §. 304. 305.

Erster Abschnitt.

Ueber die väterliche Gewalt. Einleitung. §. 306.

Erste Abtheilung.

Natur der väterlichen Gewalt und Folgen derselben. Einleitung, Eintheilung der Rechte und Arten der Kinder. §. 307 — 309.

I.) Verhältnifs des Vaters zu den Kindern. Hier besonders über die Peculien. §. 310 — 330.

II.) Verhältnifs beyder zu einem Dritten. Hier besonders über die act. de peculio, tributoria, institoria, exercitoria, quod iussu, de in rem verso, und das SCt. Macedon. §. 331 — 349.

Zweyte Abtheilung.

Ueber die Erwerbung der väterlichen Gewalt. Angabe der Arten. §. 350. dann besonders

Erstes Capitel.
Ueber die Ehe. Begriff. §. 350. 351.
Erste Unterabtheilung.
Ueber die Eingehung der Ehe. §. 353 — 392.
Zweyte Unterabtheilung.
Ueber die Aufhebung der Ehe. §. 393 — 399.
Dritte Unterabtheilung.
Ueber die rechtlichen Wirkungen der Ehe.
I.) Gesetzliche Folgen der Ehe.
1) In Betreff der Ehegatten unter sich.
A.) Während der unbestritten bestehenden Ehe.
a.) Gemeinschaftliche Wirkungen. §. 401 — 407.
b.) Besondere Rechte des Mannes. §. 408 — 421.
c.) Besondere Rechte der Frau. §. 422 — 423.
B.) Während des Scheidungs-Processes. §. 424.
C.) Nach Aufhebung der Ehe.
a.) wenn die Ehe für nichtig erklärt wird. §. 425.
b.) wenn sie in der Folge aufgehoben wird.
A.) durch Tod. §. 426—435.
B.) durch Ordens - Gelübde. §. 436.
C.) durch Scheidung. §. 437 — 440.

2.) In Betreff der Kinder. §. 441 — 443.

3.) In Betreff dritter Personen. §. 444.

II.) Wirkungen unter Voraussetzung besondrer Verabredungen. §. 445 — 450.

Zweytes Capitel.

Ueber die Legitimation. §. 451 — 456.

Drittes Capitel.

Ueber die Adoption. §. 457 — 462.

Dritte Abtheilung.

Ueber die Beendigung der väterlichen Gewalt. §. 463 — 465.

Zweyter Abschnitt.

Ueber Vormundschaften.

Einleitung.

Begriff. Eintheilungen. Wann ist ein Vormund zu setzen, und wem? §. 466 — 469.

Erste Abtheilung.

Ueber die Entstehung der Vormundschaft. §. 470 — 478.

Zweyte Abtheilung.

Ueber die aus der Delation, Uebernehmung, und Führung der Vormundschaft entspringenden Rechtsverhältnisse.

I.) Pflichten und Rechte bei Delation der Vormundschaft. §. 479 — 482.

II.) Pflichten bei Uebernahme derselben. §. 483.

III.) Rechtsverhältnisse nach Uebernahme der Vormundschaft.

1.) Pflichten des administrirenden Vormundes eines Minderjährigen gegen den Mündel.

A.) Ohne Concurrenz der Obrigkeit. §. 486. 487.

B.) Mit deren Concurrenz.
a.) Erziehung des Mündels. §. 488.
b.) Veräufserung der Güter desselben. §. 489 — 494.
2.) Pflichten des Mündels. §. 495.
3.) Verhältnisse zu einem Dritten.
A.) Des Vormundes. §. 496.
B.) Des Mündels:
a.) aus Handlungen des Vormundes. §. 497.
b.) aus andern Gründen. §. 498. 499.
4.) Folgen der übrigen Arten der Curatel, §. 500.
5.) Pflichten des Honorarii. §. 501.
6.) Pflichten des Protutors. §. 502.
7.) Ueber die Klagen
A.) des Mündels
a.) gegen den Vormund. §. 503 — 509.
b.) gegen andre Personen. §. 510.
B.) des Vormundes. §. 511.
Dritte Abtheilung.
Ueber die Beendigung der Vormundschaft. §. 512 — 516.
Vierter Theil.
Ueber den Procefs.
Einleitung.
Ueber Justiz - Sachen; Procefs; Gerichtsbarkeit; imperium; nichtstreitigen, gewillkührten und gesetzlichen, ordentlichen, aufserordentlichen streitigen Procefs. §. 517 — 522.
Erster Abschnitt.
Ueber den streitigen Procefs.
Erste Abtheilung.
Allgemeine Grundsätze.
Erstes Capitel.
Ueber das Subject des Processes.

I.) Hauptpersonen.
1.) Von Seiten der Parteyen. §. 523 — 527.
2.) Von Seiten des Gerichts. Hier
A.) Ueber den Ursprung der Gerichtsbarkeit. §. 528 — 530.
B.) Ueber das Ende derselben. §. 531.
C.) Fähigkeit zum Richteramt, und Competenz des Richters. §. 532. Die letzte begründen
AA.) die Gesetze. Hier zuerst
a.) über die einzelnen Gerichtsstände.
A.) Gemeine allgemeine. §. 535. 536.
B.) Gemeine besondere. §. 537 — 545.
C.) Befreyte. §. 546 — 548.
b.) Verhältnifs derselben zu einander. §. 549.
c.) Ausdehnung auf andre Personen. §. 550.
d.) Uebergang auf die Erben. §. 551.
BB.) Begründung durch Prorogation. §. 552 — 554.
II.) Nebenpersonen.
1.) Von Seiten der Parteien.
A.) Advocaten. §. 555 — 561.
B.) Procuratoren. §. 561 — 573.
2.) Von Seiten des Gerichts. §. 574.
Zweytes Capitel.
Ueber die Form und das Wesen des processualischen Verfahrens überhaupt.
Einleitung.
Ueber Selbsthülfe, Selbstvertheidigung.

und aufsergerichtliche Beylegung eines Rechtsstreits.
I.) Ueber Selbsthülfe, und die novi operis nunciatio insbesondere. §. 575 — 580.
II.) Ueber Vergleiche. §. 581 — 588.
III.) Schiedrichterliches Urtheil. §. 588 — 595.
IV.) Aufsergerichtlicher Eid. §. 596.

Erster Titel.
Ueber Pflichten und Rechte des Richters in Beziehung auf Rechtsstreitigkeiten im Allgemeinen.
I.) Pflichten des Richters.
1.) Nur aufgerufen zu handeln. §. 598.
2.) Am gehörigen Ort, und zur gehörigen Zeit. Ueber Ferien. §. 599.
3.) Beobachtung der Ordnung bey concurrirenden Processen. §. 600.
4.) Actenführung. Relationen. §. 601.
5.) Leitung und Entscheidung des Processes durch Decrete und Urtheile. §. 602 — 608.
6.) Unterwerfung unter die Stimmenmehrheit. §. 609.
7.) Besondere Pflichten des Commissars. §. 610.
8.) Verantwortlichkeit des Richters. Klagen wider ihn. §. 611.
II.) Rechte des Richters. §. 612.

Zweyter Titel.
Pflichten und Rechte der Parteyen und dritter Personen.
I.) In Beziehung auf künftige Processe. Alienatio iudicii mutandi caussa. Rei vindicatio utilis. §. 613.

II.) Pflichten der Parteyen während des Processes.
1.) Gehorsam überhaupt. §. 614.
2.) Zeitige Befolgung. Fristen, Ungehorsam, Dilationen. §. 615.
3.) Auslage und Erstattung der Unkosten. §. 616.
4.) Besondere Strafen des Chicaneurs. §. 617.
5.) Verpflichtungen bey Ausführung der Sache.
A.) Ueberhaupt. Articulirtes Verfahren. §. 618.
B.) Insbesondere in Ansehung folgender Hauptttheile des Processes.
AA.) Klage. §. 619 — 622.
BB.) Antwort des Beklagten. §. 622 — 625.
CC.) Replik, Duplik u.s.w. §. 626.
DD.) Beweis. Hier
a.) Allgemeine Grundsätze. §. 627 — 633.
b.) Natur der einzelnen Beweismittel. §. 634. 635.
aa.) Geständniſs. §. 636.
bb.) Eyde. §. 637 — 650.
cc.) Zeugen. §. 651 — 656.
dd.) Augenschein und Kunstverständige. §. 657.
ee.) Urkunden. Hier auch über die except. n. n. p. §. 658 — 666.
c.) Collision der Beweismittel §. 667 — 671.
d.) Beweisführung. Feyerliche, Bescheinigung. §. 672.

III.) Verhältnifs Dritter zu einem Rechtsstreit. §. 673.

Zweyte Abtheilung.
Besonderer Theil.
Erstes Capitel.
Verfahren in erster Instanz.
Erster Titel.
Verfahren im ordentlichen Procefs.
I.) Erstes Verfahren. §. 674 — 680.
II.) Beweisverfahren.
1.) Regelmäfsiges. Diefs enthält
A.) das Antretungsverfahren. §. 681 — 685.
B.) die Ausführung des Beweises. §. 686.
C.) das Deductions-Verfahren. §. 687.
2.) Unregelmäfsiges. Diefs tritt ein
A.) im Fall des Ungehorsams. §. 688.
B.) des Bew. zum ewigen Gedächtnifs. §. 689.
C.) des anticipirten Beweises. §. 690.
Zweyter Titel.
Verfahren in aufserordentlichen Processen.
I.) Summarische.
1.) Unbestimmte. §. 691 — 694.
2.) Bestimmte.
A.) Mandats-Procefs. §. 695.
B.) Executiv-Procefs. §. 696.
C.) Arrest-Procefs. Sequestrationen. §. 697. 698.
3.) Vermischte.
A.) Provocations-Procefs. §. 699. 700.
B.) Possessions-Procefs. Interdicte. §. 701 — 708.
II.) Nicht-Summarische. Hier vom Concurs-Procefs. §. 709 — 730.

Zweytes Capitel.
Verfahren in den folgenden Instanzen.
I.) Rechtsmittel gegen die Person des Richters. §. 732.
II.) Gegen dessen Verfügungen.
1.) Einleitung.
A.) Eintheilungen. §. 733 — 735.
B.) Allgemeine Grundsätze über alle Rechtsmittel, und einzelne Arten. §. 736 — 739.
2.) Einzelne Arten.
A.) Impugnirende.
a.) Ordentliche.
aa) Devolutive. Appellation. Beschwerde über heilbare Nichtigkeiten. §. 740 — 742.
bb) Nicht-Devolutive. Revision, Supplication, Leuterung. §. 743.
b.) Ausserordentliche.
aa) devolutive. Beschwerde über verzögerte und verweigerte Justiz, über reine Decrete, und unheilbare Nichtigkeiten. §. 744.
bb) Nicht - Devolutive. Restitution. §. 745.
B.) Nicht - impugnirende. Bitte um Erklärung, und Verbesserung eines Rechnungsfehlens. §. 746.
Drittes Capitel.
Ueber Vollstreckung der Urtheile. §. 747 — 749.
Viertes Capitel.
Ueber die im Process vorkommenden Nebenhandlungen.
I.) Recusation des Richters. §. 750.
II.) Acten - Versendung. §. 751.

III.) Reassumtion des Processes. §. 752.
IV.) Interrogationen. §. 753.
V.) Positionen. §. 754.
VI.) Cautionen. §. 755 — 760.
VII.) Urkunden-Edition. §. 761.
VIII.) Renunciatio litis, nominatio auctoris, Adcitatio, litis denunciatio, Interventio. §. 762 — 765.
Zweyter Abschnitt.
Ueber den nicht-streitigen Procefs. §. 766. 767.

Allgemeiner Theil.

Erster Theil.

Ueber Gesetze und Rechtswissenschaft an sich.

Erster Abschnitt.

Ueber die Natur der Gesetze überhaupt.

§. 1.

1.) Gesetz und Rechtswissenschaft im Allgemeinen.

Alles, was eine gewisse Nothwendigkeit mit sich führt, heisst Gesetz (Lex). Liegt die Nothwendigkeit in der Natur körperlicher Kräfte, so heisst das Gesetz ein physisches, und insofern es Neigungen eines lebenden Wesens erregt Gesetz des Instincts [1]. Ist hingegen dem Willen des Menschen eine Handlung als nothwendig dargestellt, so heisst es Vernunftgesetz. Die Vernunftgesetze unterwerfen den Willen entweder einer Nothwendigkeit unter Voraussetzung eines selbstbeliebig gewählten Zwecks, oder sie verlangen unbedingt Befolgung ihrer selbst wegen. In jenem Fall heissen sie Klugheits-Regeln, in diesem moralische Gesetze. Ein systematischer Inbegriff von Gesetzen der letzten Art heisst Rechtswissenschaft in allgemeiner Bedeutung [2].

[1] Diese Gesetze des Instincts sind eben das, was der Römer ius naturale nennt. pr. I. de iur. nat. gent. et civ. (1. 2.) [2.] Die gewöhnlichen Erörterungen über die mannigfaltigen Bedeutungen von ius und lex gehören nicht hieher, sondern in die Sprachlehre. Vergl. Meine Vers. 1. B. n. 5. Ernesti Clav. Cic. index Leg. princ. Ueber die fehlerhafte Definition der Rechtswissenschaft in L. 10. §. 2. de iust. et iure (I. 1.) vergl. A. F. Schott Diss. ad Tit. P. de inst. et iur. §. 2. Bynkershoek D. de relig. peregrin. D. I, pr. Meine Vers. 2. B. S. 6. 7. 8.

§. 2.

2.) Rechte, Zwangs- und Gewissensverbindlichkeiten. Rechtswissenschaft im engern Sinn.

Ohne ein moralisches Gesetz ist der Wille des Menschen ungebunden, durch dasselbe hingegen wird dem Subject eine Nothwendigkeit zu handeln auferlegt, welche insofern Verbindlichkeit (obligatio) heifst. Wird die Willkühr des Verpflichteten so sehr beschränkt, dafs sie dem, auf Erfüllung der Verbindlichkeit dringenden physischen Zwange eines andern Subjects nicht widerstehen darf, so heifst sie eine Zwangsverbindlichkeit (obligatio perfecta); jede andre hingegen eine moralische Verbindlichkeit, eine Liebes- oder Gewissenspflicht (obligatio imperfecta). Aus einer Zwangsverbindlichkeit entspringt für das Subject, zu dessen Vortheil die Willkühr des andern Subjects beschränkt ist, die moralische Möglichkeit, die Beschränkung der Freyheit der andern Person so weit zu verlangen, als die Verbindlichkeit reicht. Diese moralische Möglichkeit heifst als solche ein Recht (ius), oder eine Befugnifs, und insofern sie thätlich geschützt werden kann, ein Zwangsrecht. Ein System von Gesetzen, welche Zwangsrechte begründen, wird Rechtswissenschaft in engerer Bedeutung genannt.

§. 3.

Fortsetzung.

Wer nicht verpflichtet ist, lebt im Zustande der Willkühr. Ein Recht kann man ihm nur insofern zuschreiben, als er sich etwas ausschliefslich anmafsen, und andre an gewissen Handlungen hindern darf. Jedes Recht setzt also eine ihm entgegenstehende Verbindlichkeit voraus; aber nicht jede Verbindlichkeit erzeugt ein Recht, sondern nur eine Zwangsverbindlichkeit. Nur insofern kann der Satz: ius et obligatio sunt correlata, als Regel angenommen werden.

§. 4.

3.) Liebespflichten insbesondere.

Der Staat wird errichtet, um die Bürger durch äufsern Zwang zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten zu vermögen. Es sollte daher auf Erfüllung einer Liebespflicht im Staat kein Zwang gestattet werden. Allein die Römer dachten nicht

so, und erlaubten wenigstens bey den, nach ihrer Ansicht erkennbaren Gewissenspflichten die Zurückhaltung dessen, was dem Verpflichteten zu geben moralisch oblag [1.] Unsre Unbekanntschaft mit der, ohnehin im Einzelnen gewiſs nicht überall unbestritten gewesenen Moral-Philosophie der Römer erlaubt uns indeſs nicht, die richtigen Grundsätze hier weiter zu verlassen, als die gewissen Entscheidungen des Römischen Rechts dieſs nothwendig machen. Die Regel bleibt: Liebespflichten erzeugen im Staat kein durch Klagen oder Einreden geltend zu machendes Recht [2.]

§. 5.

4.) Gerechtigkeit. Die, vorhandenen Gesetzen nicht widerstreitende Handlungsweise heiſst Gerechtigkeit. Besteht dieselbe in Erfüllung moralischer Verbindlichkeiten, so heiſst sie die innere (interna, attributrix); iſt hingegen die Handlungsweise Zwangsgesetzen gemäſs, so nennt man sie äuſsere Gerechtigkeit (externa, expletrix) [1]. Für die Geschichte der Wissenschaft ist hier noch die scholastische Eintheilung in iustitia commutativa (durchgreifende, absolute) und distributiva (verhältniſsmäſsige, nach Umständen modificirte Gerechtigkeit) zu bemerken, welche keineswegs, wie manche irrig glauben, mit andern Worten eben das, was die innere und äuſsere ist, bezeichnen soll [2.].

§. 6.

5.) Erlaubende, gebietende, verbietende Gesetze. Das Gebieten macht den Character eines Gesetzes, und ohne eine, ein Gebot voraussetzende, Verbindlichkeit ist kein Recht denkbar (§. 3.). Das Erlaubtseyn ist nur eine indi-

[1.] L. 26. pr. de cond. indeb. (12. 6.) L. 32. §. 2. eod. L. 25. §. 11. de her. pet. (5. 3.) L. 8. in quib. causs. pign. tacit (20. 2.). [2.] Unter diesen Beschränkungen, und aus diesem Gesichtspunkt kann man Weber nat. Verb. §. 89. 99. folgen. Meine Vers. 2. B. S. 152 — 169.

[1.] Nach der Terminologie des Grotius de I. B. a. P. L. 1. c. 1. n. 8. Die Definition der Römer in L. 10. pr. de iust. et iur. (I. 1.) bezieht sich nur auf die erste Art. Huber Digress. I. 7. Noodt prob. III. 1. 2. [2.] Voet Tit. de iust. et iur. §. 6. Polack mathes. for. 2. Cap. 1. Abh. Leyser Sp. 1. m. 3. Averan interpr. III. 6. Huber l. c. c. 8.

recte Folge des Gebots. Die Eintheilung der Gesetze in erlaubende und gebietende (ius permissivum und cogens) ist also falsch [1.], richtig aber die Eintheilung in gebietende und verbietende (praeceptivum und prohibitivum), je nachdem das Gesetz positive oder negative Handlungen nothwendig macht.

Zweyter Abschnitt.

Ueber die Gesetze in Rücksicht ihres Ursprungs.

§. 7.

I.) Natürl. Recht.

In Rücksicht des Ursprungs betrachtet sind die Gesetze entweder natürliche (ius naturale, oder nach der Terminologie der Römer: ius gentium [1.]), wenn sie blofs durch die Vernunft, oder positive (ius positivum, civile), wenn sie durch ein Factum der Willkühr ihre Sanction und letzte verbindliche Kraft erhalten haben. Die letzten können seyn reines, oder vermischtes positives Recht (ius positivum merum und mixtum), je nachdem sie ihren Inhalt nicht aus Vorschriften des Natur-Rechts hernehmen, oder dasselbe bestätigen.

§. 8.

und dessen Beschränkung im Staat.

Der positive Gesetzgeber kann das natürliche Recht bestätigen, oder aufheben, und zwar, so sehr auch in der Theorie die Grenzen dieser Befugnifs bestritten sind, in Verhältnifs zu den Unterthanen unbedingt [1.]. Enthält das positive Recht keine Aenderung des natürlichen, so hat ein natürliches Recht im Staat die volle Wirkung eines bürgerlichen. Geschieht das Gegentheil, so wird entweder die natürliche Verbindlichkeit ganz aufgehoben, oder blofs in Rücksicht

[1.] Coccei ius controv. Tit. de iust. et iur. qu. 9. Kant zum ewig. Fried. S. 15 — 17.

[1.] §. 2. I. de iur. nat. gent. et civ. (1. 2.) L. 9. D. eod. (1. 1.)

[1.] Weber nat. Verb. §. 57. 58. Hagemeister in den Zusätzen zu der Schrift: auch der Regent ist an die von ihm gegebenen Gesetze gebunden. S. 43. fg. Kant über das

ihrer Wirkungen beschränkt. Es gibt also drey Arten der natürlichen Rechte und Verbindlichkeiten, nämlich vollgültige (efficaces), eingeschränkte (restrictae) und vernichtete (reprobatae) [2.]

§. 9.

II.) Positives Recht, und zwar 1.) dessen Arten.

Positives Recht kann im Staat nicht ohne den Willen des Regenten gelten, aber der Regent braucht es den Unterthanen nicht grade namentlich vorzuschreiben, sondern er kann auch erlauben, daſs aus gewissen Factis rechtliche Normen entspringen. Gesetze der ersten Art (promulgirte) werden geschriebenes, Gesetze der letzten Art ungeschriebenes genannt [1.].

§. 10.

A.) Geschriebenes Recht; dessen Natur; dann von dessen Arten.

Das geschriebene Recht erhält die Eigenschaft eines Gesetzes erst vom Augenblick der Promulgation, aber auch sofort von diesem [1.], sofern nicht eine entschuldbare Unwissenheit, z. B. von einem Fremden, dargethan werden kann [2.]. Im Zweifel erstreckt sich die Wirksamkeit eines Gesetzes nur auf zukünftige, nicht auf vergangene Fälle d. h. nicht auf solche Handlungen, worauf man schon ein erworbenes Recht hat [3.]; doch wird,

Verhältniſs der Theorie zur Praxis im Staatsrecht. [2.] L. 1. L. 11. de praescr. verb. (19. 5.) L. 2. §. 5. de aqua et aquae pluv. (29. 3.). cap. 6. X. de iudiciis (II. 1.) Weber a. a. c. §. 43 — 47. 51. 55. 88. 99.

[1.] Die Eintheilung ist richtig, aber die Terminologie widernatürlich, und durch eine irrige Auslegung der L. 32. 35. 36. de LL. (1. 3.) entstanden. Meine Vers. 2. B. S. 266. Ungenügend ist, was in den: Bericht. und Zus. zu den Inst. d. Röm. R. Leipz. 1801. S. 152. 153. dagegen erinnert wird.

[1.] L. 65. C. de decur. (10. 31.) Die Meynung vieler z. B. des Stryk U. M. T. de LL. §. 15. Cocceii I. C. eod. Tit. qu. 8. daſs wegen Nov. 66. c. 1. ein Geſetz erst 2 Monathe nach der Promulgation gelte, ist irrig. Wernher P. IV. Obs. 201. Leyser Sp. 7. M. 8. [2.] arg. Nov. 68. c. 1. pr., Riccius v. Stadtges. II. B. 7. Hpst. §. 3. [3.] L. 17. C. de fide instrum. (4. 22.) L. 29. in f. C. de testam. (6. 23.) L. 65. C. de Decur. (10. 31.) L. 21. §. ult. C. mandat. (4. 35.) arg. L. ult. C. de pact. pignor. (8. 35.). Justinians singulaire und inconsequente Vorschrift in L. 27. C. de usuris (6. 47.) hat indeſs manche verleitet, den Begriff der praeteritorum auf eine andre, dem Geist der Gesetze völlig widerstreiten-

wenn der Regent ein Gesetz erklärt, diese Auslegung als vom Augenblick der Promulgation des erklärten Gesetzes gültig betrachtet [4.]. Wird ein Gesetz namentlich auf die Vergangenheit gerichtet, so bleibt es dabey, mit der Einschränkung, daſs alle durch Vergleich, Zahlung oder Urtheil beendigten und entschiedenen Geschäfte und Streitigkeiten nach dem älteren Recht zu beurtheilen sind [5.], wohin auch alle in zweyter Instanz anhängigen Rechtssachen gehören [6.]. Die Publication, als Factum, muſs erwiesen werden, und zwar für alle Orte, wo das Gesetz gelten soll [7.]; doch bedarf es nach dem Beweise der Publication nicht noch eines besondern Beweises, daſs das Gesetz zur Anwendung gekommen sey [8.].

§. 11.

a.) Göttliches.

Das positive geschriebene Recht ist für die, welche an eine göttliche Offenbarung glauben, entweder göttliches oder menschliches. Das erste kann, wenn von möglichen die Rede ist, entweder particulaires seyn, welches für eine bestimmte Classe von Menschen bestimmt ist, oder universelles, welches entweder alle Menschen verbinden soll, insofern es ihnen bekannt werden sollte, oder welches wirklich allen Menschen bekannt geworden ist. Daſs das alte Testament particulaires Recht für die Juden sey, ist unter diesen ausgemacht; desto streitiger aber ist es, ob die Bibel ein universelles göttliches Recht sey, oder gar überhaupt für die Christen Zwangsgesetze enthalte? [1.]. Der Jurist, welcher zu keiner bestimmten Re-

de Art zu bestimmen. Vergl. Z. B. N. C. Lynker de vi legis in praeteritum. Ien. 1681. 1751. Th. 5. Reinharth ad Christinaeum Vol. 1. Obs. 49. n. 5. Huber Tit. de LL. §. 10. Müller ad Leyser Obs. 15. [4.] L. 2. §. 23. C. de vet. iur. enucl. (1. 17.) Nov. 19. praef. in f. Voet Tit. de LL. §. 17. Leyser Sp. 7. m. 6. [5.] L. 21. in f. L. 22. §. 1. C. de SS. eccl. (1. 2.) L. un. §. 4. C. de contr. iudic. (1. 53.) L. ult. §. 5. C. de legit. hered. (6. 58.) L. 17. C. de fide instrum. (4. 22.) Nov. 19. praef. [6.] Das Gegentheil behauptet Glück Comm. 1. B. §. 21. a. E. allein wider Nov. 115. c. 1. [7.] Abweichende Begriffe hat Leyser Spec. 7. m. 1. 2. und Vol. 12. Sp. 7. m. 6., allein s. Müller ad Leyser Obs. 14. [8.] Riccius a. a. O. 2. B. 8. Hptst.

[1.] Vergl. Waldinus de legib. divin. positiv. universal. Ien. 1757. I. H. Hannesen de non existentia leg. div. pos. univers. (in eius opusc.). Meister num ius divin. detur posit.

ligions-Partey übertreten will, kann hier nichts weiter antworten, als: die Bibel ist nicht universell publicirt. Ob sie, ihrem Zweck nach universelle Gesetze enthalte; ob das Mosaische Recht [2.] durch das neue Testament aufgehoben sey, und ob das letzte blofs moralische Vorschriften aufstelle [3.]? diefs sind Fragen, welche die Theologie eines jeden beantworten mufs. So viel bleibt indefs juristisch gewifs, dafs selbst die moralischen Vorschriften des neuen Testaments, sofern sie in concreto erkennbare Liebespflichten begründen, nach den Vorschriften des römischen Rechts (§. 4.) in einem christlichen Staat nicht ohne alle Wirkung bleiben können, vielmehr in demselben eben so behandelt werden müssen, wie die nach den Begriffen der Römer erkennbaren moralischen Pflichten.

§. 12.

b.) Menschliches. A) recipirtes; Die positiven Gesetze menschlichen Ursprungs sind in Deutschland theils recipirte, theils einheimische. Zu den ersten gehören I.) das, bekanntlich aus den Institutionen, Pandecten, dem neuen Codex, nebst den darin enthaltenen Authentiken, und den Novellen bestehende Justinianeische Recht, jedoch nur soweit als es glossirt ist [1.]. II.) Das Kanonische Recht. Dieses enthält folgende Sammlungen: 1) das Decretum Gratiani, bestehend aus Excerpten aus Kirchenvätern, mancherley geistlichen und weltlichen Gesetzen u. s. w. im J. 1151. verfafst. 2.) Die Decretalen-Sammlung Gregor IX, ähnlichen Inhalts, und publicirt 1234. 3.) Die Decretalen-Sammlung Bonifaz VIII., (Liber Sextus genannt) vom J. 1298. 4) Eine Sammlung der Verordnungen Clemens V (Clementinae), abgefafst 1311; 5.) die sogenannten Extravagantes Ioannis XXII, gesammelt 1340, und die extra-

univ. (in eius exerc. F. 1.). Michaelis Mos. Recht. 1 Thl. §. 2. fg. Hellfeld de valore leg. Mos. hodiern. (in eius opusc.) Bericht u. Zus. zu d. Inst. d. R. R. S. 140 — 151. [2.] wie z. B. C. L. Nitzsch über die Ungült. d. Mos. Ges. etc. Wittenb. 1800. S. 22. fgg. [3.] welches unter andere vertheidigt Popp v. Ehescheidungen. 1 — 3. Abh.

[1.] Das Gegentheil behaupten C. A. Beck de novell. Leonis earumque usu et auctoritate und G. L. Menken de novellar. glossatar. et non gloss. auctoritat. iuris Lips. 1707. Allein s. Zepernick mantiss. ad Beck de Nov. Leon. cap. 5.

vangantes communes von 1483, jene bestehend aus Decretalen Johann XXII. diese aus Decretalen der Päpste von Urban IV. — Sixtus IV., und beyde von Gregor XIII. im J. 1580. als Gesetzbücher bestätigt. III.) Die, den neueren Ausgaben des corp. iur. Romani allgemein angehängten sogenannten libri oder consuetudines feudorum.

§. 13.

Fortsetzung.

Alle diese recipirten Gesetzsammlungen gelten schlechthin und im Ganzen als gemeines Recht in Deutschland, sofern ihnen nicht einheimische Gesetze und deren Analogie [1.] im Wege stehen, und ihr Object überhaupt noch existirt [2.]. Daſs der Grund der recipirten Rechte jetzt wegfalle, oder unsre Lage zweckmäſsigere Gesetze erheische, steht juristisch der Anwendung derselben nicht entgegen [3.]

§. 14.

B.) einheimisches.

Die einheimischen Gesetze sind theils solche deren Verbindlichkeit sich über ganz Deutschland erstreckt, (gemeines Reichsrecht), theils solche, welche nur für einzelne Theile Deutschlands gelten. Zu den ersten gehören bloſs die deutschen Reichsgesetze [1.]; die letzten sind wieder allgemeine Land-, Provincial- und Local-Rechte, je nachdem sie für ein aus mehreren Provinzen bestehendes Territorium, für einen District desselben, oder einen einzelnen Ort erlassen sind.

§. 15.

B.) Ungeschriebenes. Eintheilung.

Für die Lehre vom ungeschriebenen Recht ist der erste Hauptgrundsatz: jeder, welcher nicht durch geschriebene Gesetze gebunden ist, kann sich vertragsmäſsig selbstgebilligten Gesetzen unterwerfen, ohne einer allgemeinen Erlaubniſs oder besondern Billigung des Gesetzgebers zu bedürfen; soll hingegen Jemand Gesetzen unterworfen werden,

[1.] L. 6. §. 1. de V. S. (50. 16.) [2.] Webers Reflex. zur Beförd. einer gründl. Theor. v. heut. Gebr. d. R. R. (auch in dessen Vers. 1. B. n. 1.). [3.] Meine Theorie d. log. Ausl. §. 15.

[1.] Hufelands Beytr. 1. Hft. 3. St.

welche weder der Regent gegeben, noch der zu Verpflichtende selbst gebilligt hat, so muſs dieſs durch den Beweis des allgemeinen erlaubenden, oder besondern genehmigenden Willens des Regenten gerechtfertigt werden. Gesetze der ersten Art kann man, zur Kürze des Ausdrucks vertragsmäſsiges, Gesetze der letzten Art gesetzliches ungeschriebenes Recht nennen.

§. 16.

a) Gerichtsgebrauch.

Zu der letztgenannten Art des ungeschriebenen Rechts gehört 1.) der Gerichtsgebrauch (res iudicatae). Wenn nämlich bey einem Gericht mehrmals eine Norm als gesetzlich befolgt ist, so muſs dieses Gericht [1.] die bisherigen Urtheile, wenn sie den Gesetzen nicht widerstreiten [2], als Gesetz befolgen [3], jedoch nur in Ansehung der Punkte, in welchen die bisherigen Urtheile gleichförmig waren [4.]. Coordinirte Gerichte binden sich nicht durch ihre Urtheilssprüche, wohl aber Obergerichte, sofern nicht bloſs von der Verfahrungsart derselben die Rede ist, die Untergerichte [5.]; auch darf man Meynungen der Juristen nicht dem Gerichtsgebrauch gleichsetzen, obgleich Schwäche und Vorurtheil denselben in Deutschland viel Ansehn verschaft haben [6.].

§. 17.

b.) Gewohnheitsrecht.

Eine gleiche gesetzliche Kraft hat 2.) das Gewohnheitsrecht (ius consuetudinarium, consuetudo, mores maiorum) erhalten [1].

[1.] §. ult. I. de satisdat. (4. 11.). [2.] L. 4. C. de sentent. et interloc. (7. 45.) [3.] L. 38. de LL. (1. 3.); L. 3. C. de aedific. privat. (8. 10.) Das Gegentheil hat E. A. Haus Vers. über den rechtl. Werth d. Gerichtsgebr. Erl. 1789. §. 7 — 20. zu beweisen gesucht, allein aus Gründen, welche nicht bestehen können, wenn man Pandekten und Codex als Gesetzbuch behandelt. [4.] Berger oecon. iur. L. 1. T. 1. §. 19. not. o. [5.] Berger a. a. O. not. 1. [6.] I. H. Boehmer de iniusta theor. et prax. opposit. Dessen D. de servitut. tritur. forens. (in exerc. ad P. T. 1.).

[1.] Die Theorie von G. R. ist in allen einzelnen Punkten bestritten. Um nicht ganze Bogen mit Allegaten zu füllen verweise ich auf Höpfners Comment. §. 58. Glücks Comment. 1. B. §. 84 — 87. Hofacker princ. iur. R. G. T. 1. §. 121 — 127. Meurers jurist. Beobacht. 1. S. n. 4. 5.

Wenn nämlich die gemeine Meynung einer gewissen Classe von Personen eine Norm als verbindlich anerkennt, und sich als solche in Handlungen durch Befolgung der Norm äufserlich dargethan hat: so entsteht aus dieser geäufserten gemeinen Meynung nach allgemeinen gesetzlichen Vorschriften ein Gesetz für einen jeden, selbst anders Denkenden, welcher zu dieser Classe von Personen gehört [2.]. Ein solches Gewohnheitsrecht erfordert demnach zu seinem Wesen a.) äufsere Befolgung einer Norm durch eine Mehrheit von Handlungen. Wie viel solcher Handlungen da seyn müssen läfst sich weder durch Zahlen angeben, noch ohne Princip der (alsdann blinden) Willkühr des Richters überlassen. Das Princip ist allgemein: es müssen so viele Handlungen existiren, dafs daraus die gemeine Meynung ersichtlich ist b.); müssen die Handlungen aus der Ueberzeugung von dem Daseyn einer verbindlichen Norm gefolgt seyn, und endlich c.) darf die Gewohnheit weder der Sittlichkeit und Vernunft [3.], noch vorhandenen geschriebenen Gesetzen widerstreiten, wenn sie nicht vom Regenten besonders gebilligt ist, wie z. B. eine Volksgewohnheit in reinen Democratien [4.]; sie kann mithin weder durch Nichtgebrauch, noch Einführung eines neuen Grundsatzes bestehende Gesetze vernichten.

§. 18.

Fortsetzung. Eine nach diesen allgemeinen Begriffen legale Gewohnheit, erfordert, um Gesetzkraft zu erhalten, weder die besondere Zustimmung des Re-

Guilleaume Abh. der Rechtl. v. d. Gewohnheit. Osnabr. 1801. Bericht und Zus. zu den Inst. d. Röm. R. Leipz. 1801. S. 151 fgg. Die Lehre vom Beweise des G. R. mufs sich durch Beurtheilung aus der Natur desselben, und den hinten folgenden Grundsätzen über den Beweis ergeben. [2.] §. 9. I. de iur. natur. (1. 2.) pr. I. de acquisit. per arrog. (3. 11.) L. 32. 35. de LL. (1. 3.). L. 34. de R. I. (50. 17.). [3.] Nov. 134. c. 1. Der Begriff ist freylich zu allgemein durch die Gesetze gegeben. Vergl. z. B. Leyser Sp. 9. m. 4. und Vol. XII. Suppl. 38. Sp. 9. mit Müller prompt. voc. lex scripta n. 21. Berger Oec. L. 1. T. 1. §. 9. [4.] L. 32. de LL. (1. 3.) L. 2. C. quae sit. long. consu. (8. 53.) arg. L. 5. C. de LL. (1. 14.).

genten [1.], noch auch die Bestätigung im Gericht [2.], oder den Ablauf einer langen, bestimmten oder unbestimmten Zeit [3.], wiewohl durch beyde die Existenz der gemeinen Meynung sehr bestärkt werden kann. Selbst unbedingte Gleichheit der Handlungen ist kein Requisit, weil kein Gesetz sie fordert [4.] und eine gemeine Meynung und Handlungsweise sehr wohl bey einzelnen Ausnahmen bestehen kann.

§. 19.

c.) andre Arten, besonders d.) Gemeinde-Statute.

3.) Kann man hieher rechnen alle testamentarischen Dispositionen und alle Verordnungen unter Lebenden, welchen der Familien-Vater seine Kinder und Sklaven unterwerfen darf, so wie 4.) in gewissem Betracht die Statuten der Gemeinheiten. Die Letzten verdienen eine besondere Erörterung.

§. 20.

Fortsetzung von Statuten.

Jede Mehrheit zu einem bestimmten Zweck verbundenen Personen, die Verbindung sey nun auf eine Zeitlang geschlossen (Gesellschaft) oder auf immer (universitas), hat die Befugniſs, sich durch vertragsmäſsige Gesetze (statuta conventionalia) zu binden, ohne daſs es dazu einer besondern Erlaubniſs des Regenten bedarf [1.], sofern nur die bestehen-

[1.] Häufig, aber ohne Grund, wird dawider angeführt L. 32. de LL. (1. 3.) Am schlimmsten ist es, wenn man zum Wesen des G. R. keinen consensus specialis des Regenten fordert, aber den Beweis desselben davon abhängig macht. [2.] L. 34. de LL. (1. 3.) steht dem nicht entgegen, so wenig als L. 3. C. de aedific. priv. (8. 10.) L. 1. C. quae sit long. cons. (8. 53.). [3.] wie man allgemein, aber irrig, aus L. 32. 33. 35. l. c. L. 2. 3. C. eod. (8. 53.) folgert. [4.] Das Gegentheil sagen nicht L. 38. l. c. L. 1. C. eod. L. 3. C. de aedific. privat. Nach vollendeter Gewohnheit existirende contraire Handlungen schaden auf allen Fall nicht, wenn sie selbst keine vollendete derogirende Gewohnheit ausmachen. Wernher lect. comm. L. 1. T. 3. §. 20. — Die Vermengung des consensus utentium mit dem consensu principis, und der consuetudo mit den rebus iudicatis ist in dieser Materie fast allein der Grund aller Confusion gewesen.

[1.] I. H. Boehmer de natur. statutor. (Exerc. ad P. T. 1.) Maiers Autonomie 2. St. §. 64 — 68. Ueber die Form, wie statuta zu errichten sind, und über die Natur einer univer-

den, dem Privat-Mann unabänderlichen Gesetze dadurch nicht aufgehoben werden [2.]. Will eine Universität sich das letzte anmaſsen, oder dritte Personen durch ihre Gesetze (statuta legalia) binden, so muſs der Regent dieſs besonders gestatten, sofern nicht der dritte eine Sache, worüber durch statuta conventionalia Vorschriften gemacht sind, erwirbt, weil er dann selbst die darauf gelegten Lasten übernimmt [3.]. Alles dieſs gilt denn auch von den deutschen Territorial-Städten, welche jedoch, wenn sie das Recht, statuta legalia zu errichten, erhalten haben, durch diese weder solche Personen, denen ein privilegirter Gerichtsstand beygelegt ist, noch auch Fremde binden können, sofern nicht beyde sich durch den Erwerb einer Sache den dinglichen Statuten, oder durch Betreibung eines Gewerbes den dieses betreffenden Verordnungen unterworfen haben, oder von der Form und den rechtlichen Folgen der Geschäfte eines Fremden, oder der Führung eines Processes die Rede ist [4.]. Die Rechtmäſsigkeit der Polizey-Verfügungen städtischer Obrigkeiten muſs daher abgeleitet werden, daſs sie nicht bloſs Gemeindevorsteher, sondern zugleich Verwalter der Polizey-Hoheit Namens des Regenten sind [5.]

§. 21.

Schluſsbemerkung über Autonomie.

Das vertragsmäſsige ungeschriebene Recht (§. 16.) ist so mannigfaltig, als die im Staat vorhandenen Verträge sind. Die Grenzen desselben folgen von selbst aus den weiter unten zu entwickelnden Grundsätzen über die Natur eines Vertrags. Zum Beschluſs noch die Bemerkung, daſs man die ungeschriebenen Gesetze welche die Bürger sich selbst oder andern geben, Autonomie-Gesetze zu nennen pflegt [1.]. Es gehören dann dahin alle Theile

sitas: s. unten §. 198 — 203. [2.] Müller ad Leyser Obs. 22. 26. So weit Privat-Personen sich Strafen unterwerfen können, so weit können denn auch statuta dergleichen verhängen. Riccius v. Stadtges. 2. B. 6. Hptst. [3.] Riccius 16. Hptst. §. 10. fgg. [4.] Riccius 13. Hptst. §. 14. 15. 16. 32. 16. Hptst. §. 12. 13. [5.] Riccius 5. Hptst.

[1.] Pütter Beytr. 2. B. n. 21. Majer Autonomie. 1. St. §. 23.

des ungeschriebenen Rechts, mit Ausschluſs des Gerichtsgebrauchs.

§. 22.

2.) Verbindungskraft des positiven Rechts.

Die Kraft der geschriebenen, von der Staatsgewalt promulgirten Gesetze erstreckt sich über alles; was innerhalb des Territorii enthalten ist, Personen sowohl, als Sachen. Die, welche sich der Staatsgewalt überhaupt unterworfen haben, werden dadurch überall verpflichtet; Fremde hingegen nur so lange sie sich im Territorio aufhalten in Ansehung der Einrichtung ihrer Handlungen [1.]. Im Zweifel werden bewegliche Sachen nach den Gesetzen beurtheilt, welchen ihr Eigenthümer für seine Person unterworfen ist [2.], und wenn auch die Gesetze des Territorii, wo sie liegen namentlich mit auf sie gerichtet seyn sollten, so muſs doch die Wirkung derselben mit der Ausführung der Sachen aus dem Territorio in ein anderes aufhören.

§. 23.

Fortsetzung.

Auch der Regent ist, als **Privat-Person**, seinen eigenen Gesetzen unterworfen, sofern er nicht von einer höheren zwingenden Gewalt befreyt seyn, oder sich selbst in denselben davon ausgenommen haben sollte [1.] In Deutschland stehen also die Territorial-Regenten, und Kaiser und Reichsstände einzeln betrachtet, als Privat-Personen unter ihren Gesetzen; die vereinte Reichshoheit aber erkennet weder Gesetz noch Richter an [2.]

[1.] C. F. Boeschen de vi leg. civil. in subd. tempor. Lips. 1772. Riccius v. Stadtges. 2. B. 15. 18. Hauptst. [2.] Riccius a. a. O. 17. Hptst. §. 1. 2. 8.

[1.] L. 31. de LL. (1. 3.) L. 4. C. eod. (1. 13.) Nov. 105. c. 2. §. 4. Wachendorf de princ. legib. solut. (in eius Dissert. triad. Ultr. 1730). [2.] Vergl. Schnaubert D. de principe leg. soluto, auch übersetzt und mit Anm. herausgegeben von Hagemeister unter dem Titel: auch der Reg. ist an die von ihm gegeb. Gesetze gebunden. Rostock und Leipz. 1795. mit Gönner Handb. d. Proc. 2. B. S. 39. 40. Götting. gel. Anz. 1795. 9. St. S. 83 fgg.

§. 24.

Insbesondere im Fall eines Irrthums.

Der Unterthan ist schuldig, ein gehörig publicirtes Recht zu kennen, und richtig anzuwenden, doch gibt es Fälle, da ein Irrthum im Recht, oder über die Thatumstände verziehen wird [1.]. Was I.) die Rechtsunwissenheit betrifft, so ist es 1.) allgemeiner Grundsatz, daſs der, welcher sich hätte belehren lassen können, und es nicht that, alle, selbst sein erworbenes Vermögen verringernden nachtheiligen Folgen seines Irrthums tragen muſs [2.]. War der Irrthum entschuldbar. so wird er A.) in Betreff eines beabsichtigten Gewinns nicht verziehen; ist hingegen B.) von einem zu vermeiden Schaden die Rede, so wird der Rechtsirrthum nicht zum Nachtheil angerechnet, [3.], doch geht dieſs nicht so weit, daſs der Irrende das, vermöge eines entschuldbaren Rechtsirrthums Gezahlte zurückfordern kann [4.]. 2.) Besondere Ausnahmen finden Statt A.) in Ansehung der Minderjährigen, welchen eine schuldvolle Unwissenheit nicht zur Last gelegt wird, selbst dann nicht, wenn von der Erlangung eines Gewinnes die Rede ist [5.]; B.) in Ansehung der Soldaten und Weiber, indem die ersten auch da, wo sie einen Gewinn machen wollen [6.], die letzten aber nur in einzelnen Fällen [7.] Verzeihung erhalten, ohne daſs jedoch beyde da, wo die Gesetze in Rücksicht ihrer, Ausnahmen machen, von der Verpflichtung, sich, wo sie können, vom Recht belehren zu lassen, entbunden sind [8.]. II.) Die

[1.] Vergl. überh. J. Malcoti Prael. ad Tit. Cod. de iur. et fact. ignor. G. Strecker D. de iur. et fact. ignor. Erf. 1754. G. L. Boehmer D. de eod. arg. Goett. 1745. Reinhardt v. der iur. u. facti ignor. (in dessen kl. Schr. 1. St. n. 3.). [2] L. 9. §. 3. de iur. et fact. ignor. (22. 6.). Wernher lect. com. cod. Tit. §. 4. Andrer M. s. Leyser Sp. 189. M. 3. Müller ad Leyser Obs. 506. [3.] L. 4. L. 8. l. c. L. 3. L. 7. §. 9. eod. L. 7. §. 4. de iurisd. (2. 1.) L. 1. §. ult. de edend. (2. 13.) [4.] L. 3. pr. ad SCt. Maced. (14. 6.) L. 10. C. de iur. et fact. ignor. (1. 18.) Cocceii I. C. Lib. XII. T. 6. qu. 14. Viele sind freylich andrer Meynung Höpfner Comment. §. 954. not. 2. [5.] L. 9. pr. de iur. et fact. ign. (22. 6.) L. 2. L. 11. L. eod. (1. 18.). L. 38. §. 7. ad L. Jul. de ad ult. (48. 5.) L. 4. C. de incest. nupt. (5. 5.) [6.] L. 9. §. 1. de iur. et fact. ign. (22. 6.) L. 1. C. eod. (1. 18). [7.] L. 9. pr. D. l. c. Beyspiele enthalten L. 9. C. ad SCt. Velleian. (4. 29) L. 2. §. ult. de iur. fisci. (49. 15.). [8.] Hommel Rhaps. Obs. 477. Andrer M. s. Struben III.

Unwissenheit factischer Umstände schadet, wenn von eignen Factis die Rede ist, in der Regel immer, wenn nicht ein Entschuldigungsgrund vom Irrenden [9.]; die Unbekanntschaft mit fremden Factis hingegen gereicht Niemand zur Last, dem nicht seine Unwissenheit als grobe Nachlässigkeit erwiesen werden kann [10.]

Dritter Abschnitt.

Ueber die Gesetze in Rücksicht ihres Umfangs und der Art ihrer Bekanntmachung.

§. 25.

I.) In Rücksicht des Umfangs.

In Rücksicht des Umfangs betrachtet sind die Gesetze entweder I.) allgemeine (generales), welche eine Regel aufstellen, und zwar entweder 1.) gemeine (ius commune), wenn sie eine Regel aufstellen, welche nicht von dem abweicht, was die strenge Natur des Rechts mit sich bringt, oder 2) besondere (ius singulare, ius exorbitans, und sofern es vortheilhaft ist, beneficium legis) wenn sie eine solche Ausnahme wider das strenge Recht einführen [1.]. II.) Specielle, welche nur für individuelle Fälle und Personen gelten. Diese sind entweder 1.) solche, welche keine Ausnahme vom gemeinen Rechte machen, wie z. B. Instructionen in Regierungssachen; oder 2.) sie enthalten eine solche. Dann heissen sie Privilegia oder Constitutiones personales, wiewohl die Neueren den Ausdruck privilegium nur da zu gebrauchen pflegen, wo Jemand für mehrere Fälle vom gemeinen Recht ausgenommen ist [2.].

B. 109. Bed. Müller ad Leyser obs. 507. [9.] L. 7. ad SCt. Vellcian. (16. 1.) L. 22. de cond. indeb. (12. 6.) Crell de ignorantia facti proprii interdum innocua. Vitemb. 1771. [10.] L. 9. §. 2. D. h. t. (22. 6).

[1.] L. 14. 15. 16. de LL. (1. 3.) L. 141. 162. de R. I. (5. 17.). [2.] Vergl. überh. Meine Vers. 2. B. n. 13.

§. 26.

Insbesondere von Privilegien.

Privilegien können Jemand zum Nachtheil gereichen, oder vortheilhaft seyn (privilegia odiosa und favorabilia), welches sich auf mannigfaltige Weise denken läſst [1.]. Man kann sie ferner entweder durch einen ausdrücklichen oder stillschweigenden Vertrag erwerben, oder ohne einen solchen [2.]. Werden sie Jemand bloſs für seine Person ertheilt, so heissen sie personalia; kommen sie hingegen andern zu Statten, welche accessorisch bey dem Hauptrechte interessirt sind, oder als Nachfolger in dasselbe eintreten, so heissen sie realia [3.]. Aus beyden vermischte Privilegien (mixta) gibt es nicht [4.], auch streitet nicht für die Privilegia realia, sondern vielmehr für die personalia die Vermuthung [5.]. Die Lehre von der Dauer, der Widerruflichkeit, der Collision und den Wirkungen der Privilegien gehört dahin, wo sie mit allgemeinen Grundsätzen verbunden dargestellt werden kann [6].

§. 27.

II.) In Betreff der Bekanntmachung.

In Ansehung der Art und Weise, wie die Gesetze erlassen werden, sind sie entweder allgemein publicirt, oder nicht. Die ersten

[1.] Z B. exasperatio poenae, dispensatio, mitigatio poenae, aggratiatio, abolitio. [2] Manche leugnen dieſs, Stryk de iure privil. contra privil. cap. 1 §. 21 — 31. Gebauer de privileg. §. 19. allein ohne hinlänglichen Grund. Nicht zu billigen ist es freylich, wenn man die privilegia non conventionalia mit dem Namen gratiosa bezeichnet. [3.] L. 7. §. 1. de except. (44. 1.) L. 1. §. 41 — 44. de aqua quot. (43. 20.) L 68. L. 196. de R. I. (50. 17.) Toullieu collect. Diss. 15. Man nennt auch wohl das einer Sache adhärirende vorzugsweise reale Gebauer l. c. §. 16. man sollte aber nie mit Mevius P. II. Dec. 173. das einer universitas verliehene, obgleich es erst mit dieser erlischt, L. 1. §. 2. de iure immun. (50. 6.) L. 4. §. 3. de cens. (50. 15.) auch ein reale nennen, weil dadurch die falsche Vorstellungsart befördert wird, als ob das einzelne Gemeindeglied pro rata Rechte habe. S. unten §. 198 — 203. [4.] wie viele mit Hert de transit. privil. ad alios (in opusc. V. 1. T. 3. p. 16.) irrig behaupten. [5.] Cocceii I. C. L. 1. T. 4. qu. 4. Gebauer §. 17. 18. 19. Die abweichenden sehr verschiedenen Meynungen s. bey Berger Oec. L. 1. T. 1. Th. 15. Hartleben med. ad P. Sp. 14. m. 5. Voet L. 1. T. 4. n. 14. [6.] Vergl. unten §. 29 — 34.

heifsen, wenn sie allgemeine Rechtsgrundsätze enthalten, edicta oder leges edictales [1.]. Speciell publicirt sind gewöhnlich 1.) die mandata oder Instructionen des Regenten in Regierungssachen, welche einem Staatsbeamten für seine ganze Amtsverwaltung, oder noch wieder besonders in einzelnen Fällen ertheilt werden können (mandata ordinaria und extraordinaria) [2.]; 2.) die rescripta d. h. Antworten des Regenten auf ihm vorgelegte Anfragen, welche, je nachdem die Anfrage von einer Magistrats-Person, einer Gemeinheit, welche über eine öffentliche Angelegenheit unterrichtet seyn will, oder einer Privat-Person herrührt, epistolae, sanctiones oder iussiones pragmaticae, und subnotationes genannt werden [3.] und sowohl in Justiz- als Regierungs-Sachen etwas verfügen können, daher die Eintheilung in Justiz- und Gnaden-Rescripte [4.]. 3.) Decreta oder Entscheidungen des Regenten in einem, in höchster Instanz an ihn gelangten Procefs, nach förmlicher Verhandlung desselben [5.]. Verschiedne davon sind 4.) die Interlocutiones, wenn der Regent ohne förmliche Rechtsverhandlung eine Sache entscheidet [6.].

§. 28.

Verbindungskraft der Decrete und Rescripte.

In Betreff der Form und Verbindungskraft der Decrete und Rescripte sind noch folgende Sätze wichtig: 1.) Rescripte müssen vom Regenten, oder Namens desselben unterzeichnet,

[1.] L. 1. §. 1. de const. princ. (1. 4.) §. 1. J. de iur. nat. gent. et civil. (1. 2.) L. 6. C. de secund. nupt. (5. 9.) [2.] L. 1. 3. C. de mandat. princip. (1. 15.) C. E. Vizzanius de mandat. princip. Amstel. 1657. Instructionen des Regenten in Privat-Sachen heissen epistalmata. L. 3. C. de quadriennii praescr. I. H. Boehmer D. de iure epistalmatis. Hal. 1735. [3.] Theoph. ad §. §. 6. I. de iur. nat. (1. 2.) L. 7. C. de div. rescript. (1. 23.) L. 15. C. de prox. sacr. scrin. L. 1. C. de prec. imper. offer. Schulting pro rescript. imper. Romanor. (op. T. 1.) D. C. Hunthum de rescript. princip. Romanor. Lugd. Bat. 1709. (in Oelrichs Th. D. Belg. Vol. II. T. 3.) I. H. Boehmer de sanct. pragmat. indole (Exerc. T. 1.). — Nach Nov. 125. sollen die epistolae wegfallen; allein cap. 68. X. de appellat. (2. 28.) hebt diefs auf. I. H. Boehmer I. E. Prot. L. 1. T. 3. §. 3. [4.] Textor D. de rescript. grat. et instit. [5.] Theophilus ad §. 1. J. de iur. nat. (1. 2.). [6.] L. 1. §. 1. D. de constit. princ. (1. 4.) Vergl. überh. Meine Vers. 2. B. S. 274. 75.

und mit dessen Siegel versehen seyn, auch das Datum enthalten [1.]. 2.) Die Wirkung eines Justiz-Rescripts fängt von dem Augenblick an, da es dem Richter insinuirt, eines Gnaden-Rescripts von dem Augenblick, da es ertheilt ist [2.]. 3.) Rescripte, welche dem Staatswohl, oder erworbenen Rechten andrer Eintrag thun, sind im Zweifel als nichtig zu behandeln [3.]. 4.) Ein Rescript verliert seine Wirkung, wenn dem, welcher sich dasselbe auswirkte, vorgeworfen werden kann, daſs er es durch Verschweigung wahrer, oder Anführung falscher Thatumstände veranlaſste (exceptio ob- und subreptionis). Hätte der Impetrant das, was ihm das Rescript zusichert, durch einen Rechtsgang erhalten können, und in diesem den Beweis führen müssen: so muſs er gegen den, welcher das Rescript bestreitet, die Falschheit der exceptio sub- und obreptionis beweisen; in allen andern Fällen findet das umgekehrte Statt [4.]. 5.) Ohne allgemeine Bekanntwerdung können Decrete, Rescripte und Interlocute nicht allgemein verpflichten. Ist aber jenes geschehen, so haben Decrete, und Rescripte, welche eine authentische Interpretation enthalten, allgemein verbindende Kraft; Rescripte andrer Art hingegen, und Interlocute nur dann, wenn namentlich vorgeschrieben ist, daſs sie allgemein gelten sollen [5.].

[1.] L. 3. 6. C. de divers. rescr. (1. 23.) L. 4. C. eod. [2.] cap. 59. X. de appell. (2. 28.) cap. 7. X. de rescript. (1. 3.). [3.] L. 6. C. si contr. ius vel util. publ. (1. 22.). L. 3. 7. C. de precib. imper. offer. (1. 27.). [4.] Da der J. R. §. 80. alles auf die Willkühr des Richters stellt: so kann man hier nach allgemeinen Grundsätzen kein anderes Princip aufstellen. Abweichend ist die gemeine Theorie, welche man bey Boehmer I. E. P. L. 1. T. 3. §. 11. findet; wieder eine andre vertheidigt Hofacker princ. I. R. G. T. 1. §. 115. und noch eine andre C. O. Graebe D. de except. Sub et Obreptionis earumque probat. Rint. 1788. [5.] L. 2. 3. C. de LL. (1. 13.) vergl. mit L. 12. C. eod. Die verschiedenen Meynungen andrer s. bey Emminghaus ad Coccejі I. C. L. 1. T. 4. qu. 1. not. w.

Vierter Abschnitt.

Ueber das Verhältniſs der Gesetze zu einander.

§. 29.

1.) Collision subordinirter, und

Betrachtet man die Gesetze im Verhältniſs zu einander, so entsteht die Frage: wie der Vorrang derselben zu bestimmen ist? Die Beantwortung dieser Frage ist in folgenden Regeln enthalten: I.) Gesetze, welche sich auf irgend eine Art in einander passen lassen, heben sich nicht auf, sondern beschränken sich nur [1.]. II.) Ist ein grader Widerstreit, so hebt das, seiner Sanction nach jüngere Recht das ältere auf. III.) Die Einheimischen Deutschen Gesetze gehen den recipirten vor, und unter den einheimischen hat das mehr particulaire vor den mehr gemeinen den Vorrang. IV.) Das Kanonische Recht hat den Vorzug vor dem Römischen, wenn nicht erwiesen werden kann, daſs die Praxis das umgekehrte Verhältniſs bestimmt hat, oder daſs neuere Gesetze die Vorschriften des letzten anzunehmen nöthigen [2.]. V.) Widerstreiten sich einzelne Theile des Kanonischen Rechts, so hat der jüngere den Vorzug. VI.) Wir haben das Justinianeische Recht als solches recipirt, und müssen nach Justinians Absicht das Verhältniſs der Theile desselben bestimmen. Die Novellen derogiren mithin allen übrigen Theilen. Der Codex und die Institutionen gehen den Pandekten vor, aber derogiren ihnen eigentlich nicht, sondern zeigen nur durch ihre entgegenstehenden Bestimmungen an, was in den Pandekten historisch ist [3], doch sind die Institutionen den Pandekten nachzusetzen, wenn sich zeigen läſst, daſs jene einen, nicht beabsichtigten Fehler enthalten [4.]. Widerstreiten sich die einzelnen Theile

[1.] L. 41. de poen. (48. 19.) L. 80. de R. I. (50. 70.). [2.] Die ganz oder zum Theil entgegenstehenden Meynungen andrer lernt man kennen aus Cocceii I. C. Proleg. qu. 7. et Emminghaus in not. ibid. Bericht. u. Zus. zu den Inst. d. R. R. §. 14 fgg. [3.] So läſst sich die gemeine, von Höpfner Comment. §. 16. vorgetragene Theorie mit der entgegenstehenden Theorie des N. Giphanius tract. quaest. an C. abroget. P. ? F. Gratian de conciliat. leg. et C. (beyde in Berger Cod. Iustin. illustrationes Francf. et Lips. 1767. 4;) welche den Codex und die Pandekten absolut vereinigt wissen wollen, vernünftig verbinden. [4.] Z. B.

der Institutionen, der Pandekten oder des Codex unter einander, so gibt es für den Juristen kein Princip, wonach der Vorrang eines derselben bestimmt werden könnte [5.]. VII.) Die Authentiken derogiren dem Codex, insofern sie mit ihrer Quelle übereinstimmen [6.].

§. 30.

2.) coordinirter Gesetze.

Collidiren VIII.) Gesetze mit einander, welche sich nicht subordinirt, sondern coordinirt sind, so ist, in Gemäſsheit der Praxis [1.] das Verhältniſs derselben nach folgenden Regeln zu bestimmen: 1.) Ein Unterthan ist im Ganzen in Ansehung aller Rechtsverhältnisse den Gesetzen des fori, vor welchem er in der Regel belangt werden muſs, (den statutis personalibus) unterworfen [2.], und muſs selbst auswärts darnach gerichtet werden, wenn ihm nicht die persönlichen Statute ein, Auswärtigen lästiges Privilegium verliehen haben [3.]. 2.) Wenn von der Form des Processes, welcher Begriff aber nicht über den modus procedendi ausgedehnt werden darf [4.], ferner von der Form und Gültigkeit eines Geschäfts, und den, daraus entspringenden Folgen, und endlich von der Strafbarkeit einer Handlung die Rede ist, so kommen die sogenannten statuta mixta zur Anwendung d. h. die Gesetze, wo der Proceſs zu führen, das Geschäft

L. 7. §. 7. de acquir. rer. dom. (41. 1.) vergl. mit §. 34. de rer. divis. (2. 1.) [5.] Const. Tanta Circa de conf. Digest. §. 13. Nov. 158. vergl. mit L. 12. §. 1. C. de LL. (1. 17.). Höchst willkührlich zerhauen ist der Knoten, wenn der Verf. der Bericht. und Zusätze zu den Inst. d. R. R. S. 8 — 14. unbedingt das jüngste Fragment, und wirklich lächerlich, wenn Boerius Dec. 115. die Fragmente aus responsis als maturiora, magis digesta atque expensa den ex commentariis vorgezogen, oder wenn Noodt prob. L. II. c. 2. jene, wegen des Verdachts einer Bestechung, diesen nachgesetzt wissen will. [6.] I. I. Scherz de authent. auctorib. et auctoritate. Argent. 1733.

[1.] Huber und Voet in den Anhängen zu ihren Comm. in Tit. 3. Lib. 1. [2.] Hert Diss. de collis. Leg. (op. V. 1. T. 1.) Sect. 4. §. 8. 34. [3.] Man ist sich freylich in Betreff dieses Satzes nicht bestimmt einig. Vergl. Stryk de iur. privileg. extra territor. c. 3. n. 134. Hert l. c. §. 12. 14. 16. Riccius v. Stadtges. 18. Hpst. §. 6. Emminghaus ad Cocceii Tit. de iurisdict. qu. 23. not. L. [4.] Hert l. c. §. 65. 66. Riccius 15. Hptst. §. 16. 17. An-

errichtet, oder das Verbrechen vollbracht ist [5.]; doch ist ein auswärts, zwar nicht nach den statutis mixtis, wohl aber nach den statutis personalibus des Unterthanen errichtetes Geschäft im foro domocilii aufrecht zu erhalten, während ein, nach den statutis mixtis gültiges Geschäft im foro domicilii als ungültig zu behandeln ist, wenn es, um die einheimischen Gesetze zu chikaniren, auswärts errichtet ward, oder die auswärtigen Gesetze zu Handlungen berechtigen, welche der einheimischen Verfassung schlechthin widerstreiten [6.]. 3.) Wenn die Gesetze des Orts, wo unbewegliche Güter, und was denselben gleich ist [7.], belegen sind, über Sachen etwas bestimmen: so kommen diese (statuta realia) vor jenen beyden Arten der Statute zur Anwendung [8.]. In Betreff beweglicher Sachen entscheiden die persönlichen Statute [9.], sofern nicht die Statute des Orts, wo sie liegen, namentlich mit auf sie gerichtet sind [10.].

Fünfter Abschnitt.

Ueber Dauer und Aufhebung der Gesetze.

§. 31.

Gesetze erlöschen nur durch Widerruf.

Ein Gesetz verliert durch sich selbst seine Gültigkeit nicht, wenn nicht die Zeit verflossen ist, und die Bedingungen weggefallen, auf und für welche es gegeben ward [1.]; sondern es muſs durch einen Act der gesetzgebenden Gewalt seine Kraft verlieren [2.]. Durch einen solchen wird es aufgehoben, auch wenn es als ewigdauernd [3.]

drer M. ist Weber nat. Verb. §. 95. [5.] L. 6. D. de evict. (21. 2.) cap. 6. X. de crim. falsi (5. 20.) cap. 8. de confirm. util. (2. 30.). Hert l. c. §. 10. 21. 53. 54. 57. 58. 59. Riccius 2. B. 15. 18. Hptst. Kleinschrodt Grundw. d. peinl. R. §. 122. fgg. [6.] Weber nat. Verb. §. 62. [7.] Leyser Sp. 26. m. 3. Pufendorf T. 3. Obs. 174. §. 7. fg. [8.] Hert l. c. §. 9. 13. 17. 22. 30. 38. 41. 44. 46. 47. 64. Riccius 16 Hptst. [9.] Hofacker princ. iur. R. G. T. 1. §. 140. [10.] Riccius 17. Hptst. §. 1. 2. 8.

[1.] L. 1. §. 43. de acqu. quotid. (43. 19.) L. 6. §. 14. de excusat. (27. 1.) [2.] L. 27. C. de testam. (6. 23.) [3.] z.

sanctionirt, und in dem jüngeren Gesetz jene Clausel nicht namentlich erwähnt und aufgehoben ist [4.].

§. 32.

Arten der Aufhebung.

Veränderungen eines Gesetzes können auf mehrfache Weise geschehen, und zwar durch gänzliche, oder theilweise Aufhebung. Das erste heifst abrogare, und kann sowohl durch blofse Aufhebung, als Entgegensetzung einer widerstreitenden Bestimmung geschehen. Das letzte läfst sich denken durch theilweises blofses Aufheben (derogare), oder durch einen Zusatz (subrogare), oder Aufhebung eines Theils durch Entgegensetzen eines andern (obrogare) [1.].

§. 33.

Wirkung auf das ältere Recht.

Das neuere Recht hebt das ältere auf [1.]. Da indefs das letzte nur dadurch überwogen werden kann, wenn der Widerstreit des ersten völlig klar ist; so ist ein zweydeutiges neues Gesetz im Zweifel stets nur in dem Sinn zu befolgen, in welchem es am wenigsten vom bestehenden Rechte entfernt [2.], auch ist ein neues, selbst unbeschränkt allgemeines Gesetz so zu behandeln, als ob es nur die entgegenstehende Regel des älteren Rechts, nicht aber die von derselben gemachten Ausnahmen habe aufheben wollen [3.], wenn nicht diese Ausnahmen ausdrücklich oder implicite, z. B. durch Billigung nur einer einzigen der ältern Ausnahmen [4.], mit aufgehoben sind. Mit Aufhebung

¹ B. L. 4. C. de SS. eccles. (1. 5.) L. 6. C. de sec. nupt. (5. 9.) [4.] I. N. Hert de lege clausula ne abrogar. possit munita §. 8. (op. V. 1. T. 3. n. 1.). Andrer M. ist wegen L. 14. pr. de legat. 1. (30.) L. 22. de legat. III. (32.) mit mehrern Bartolus in L. omnes populi D. de iust. et iur. col. 11. vers. quid dicemus.

[1.] Ulpiani Frägm. T. 1. §. 3.

[1.] L. 4. de const. princ. (1. 4.) [2.] L. 35. C. de inoff. testam. (3. 28.) [3.] L, 80. de R. I. (50. 17.) L. 41. de poen. (48. 19.) L. 3. C. de silentar. et decur. (12. 16.) cap. 1. de constit. in 6. (1. 2.). Andre Ideen hat zum Theil Gönner jur. Abh. 1. B. n. 7. Allein vergl. z. B. L. 26. §. 1. C. de usur. (4. 22.) mit L. 2. 3. C. de usur. rei iudic. (7. 54.) L. 4. C. de aedific. privat. (8. 10.) Nov. 158. c. 1. [4.] z. B. L. 23. C. ad SCt. Velleian. (4. 29.) Nov. 134. c. 8. Wird blofs eine Regel aufgestellt, und derselben eine neue Aus-

der älteren Regel fallen aber natürlich von selbst alle Folgesätze derselben [5.].

§. 34.

Aufhebung der Privilegien. Auch von Privilegien gelten im Ganzen alle jene Grundsätze. In Rücksicht vortheilhafter Privilegien treten indeſs die besondern Bestimmungen ein, daſs sie, wie unten weiter zu entwickeln ist, durch Verjährung verloren gehen, und wenn sie erworbenen Rechten andrer, also auch älteren Privilegien widerstreiten, im Zweifel als erschlichen zu behandeln sind [1.]. Widerruft der Regent ein Privilegium, so ist ihm dieſs unbedingt erlaubt, wenn der Privilegirte sich eines Miſsbrauchs desselben zu Schulden kommen lieſs [2.], doch verlangt man einen groben Miſsbrauch, und eine vorgängige Verwarnung [3.]. In andern Fällen sollte es der Regent nur des öffentlichen Wohls wegen widerrufen [4.]; allein da, wo er unter keinem höheren Zwange steht, kann dieses Princip keinen praktischen Nutzen haben.

Zweyter Theil.

Ueber den Zweck der Gesetze.

§. 35.

Einleitung. Der Zweck der Gesetze ist: Anwendung derselben auf die, dadurch bestimmten Fälle. Hiezu gehören nicht allein Kenntniſs des Sinns der Gesetze, und

nahme beygefügt, so liegt darin offenbar keine Aufhebung der ältern Singularien. [5.] Meine Vers. 1. B. S. 232. — 258.

[1.] L. 7. C. de precib. imp. offer. (1. 19.) L. 4. C. de emancip. (8. 49.) cap. 1. de constit. in 6. (1. 2.). [2.] can. 7. D. 74. cap. 11. 24. X. de privileg. (5. 53.) [3.] arg. c. 43. X. de rescript. (1. 3.) arg. II. Feud. 27. §. 17. Stryk de iure privilegiat. contra privil. §. 33. [4.] Struben 2. B. 80. Bed. Müller ad Leyser Obs. 43. Ueber Kaiserliche Privilegien s. Gerstlacher corp. iur. german. 4. B. 9. Cap.

der, Rechte und Verbindlichkeiten begründenden Geschäfte, sondern auch mannigfaltige Geschicklichkeiten und Fertigkeiten, welche den Gegenstand des sogenannten practischen Unterrichts ausmachen. Mit Uebergehung dessen, was dem letzten angehört, sind hier nur die Grundsätze der Auslegung der Gesetze und rechtlicher Geschäfte aufzustellen.

§. 36.

I.) Auslegung der Gesetze. Eintheilungen.

Wenn man das, was als Vorschrift eines Gesetzes zu betrachten ist (den Sinn des Gesetzes) bestimmt angibt, so heifst diefs Auslegung eines Gesetzes (interpretatio iuris), und ein System solcher Regeln juristische Auslegungskunst (hermeneutica iuris) [1.]. Geschieht die Auslegung durch die Gesetzgebende Gewalt, so heifst sie legalis; im entgegengesetzten Fall nennt man sie doctrinalis: die erste ist wieder authentica oder usualis, je nachdem sie der Quelle des geschriebenen oder ungeschriebenen Rechts ihren Ursprung verdankt. Die Gültigkeit derselben hängt an sich nicht von ihrer Uebereinstimmung mit Auslegungs-Regeln, sondern nur von den Grenzen der gesetzgebenden Gewalt des Urhebers derselben ab. Nur für die doctrinelle Auslegung bedarf es folgender Grundsätze.

§. 37.

Fortsetzung.

Man mufs bey jedem Gesetz, das, was nach dem Sprachgebrauch durch die Worte desselben bezeichnet wird, (den Wortverstand), das was der Urheber des Gesetzes wirklich sagen wollte (Absicht des Gesetzgebers), und das Resultat, welches ein consequenter Schlufs aus dem Grunde des Gesetzes ergibt, wohl von einander unterscheiden. Folgt man bey der Auslegung eines Gesetzes dem Sprachge-

[1.] V. Forster de iuris interpr. (Otto Thes. T. II.) V. Placcius de iurecons. perfecto. Holm. et Hamb. 1693. 4. F. Rapolla de iureconsulto, s. de rat. discend. interpr. iur. civ. Neap. 1726. 8. auch Deutsch mit Noten v. Griesinger. Stuttg. 1792. 8. C. H. Eckhard hermen. iur. cum not. C. F. Walch. Lips. 1779. 8. und jetzt ex ed. C. W. Walch. Lips. 1802. 8. J. G. Sammet Hermeneutik des Rechts, herausg. v. F. G. Born. Leipz. 1801. 8.

brauch, so wird diefs die grammatische Auslegung genannt. Nimmt man hingegen auf die Absicht des Gesetzgebers und den Grund des Gesetzes Rücksicht, so heifst diefs logische Auslegung.

§. 38.

1.) grammatische. Die grammatische Auslegung mufs sich bemühen, aus dem Redegebrauch die Wortbedeutungen zu erforschen [1.], und zu erfahren, ob ein Wort nur Eine, oder mehrere Bedeutungen hat. Ist das letzte der Fall, so kann 1.) in Rücksicht des Ursprungs die eine durch den gemeinen, oder den besondern Redegebrauch einer bestimmten Classe eingeführt seyn. In jenem Fall heifst sie eine gemeine (significatio vulgaris); in diesem eine besondere (s. particularis). Betrachtet man sie 2.) in Rücksicht jener Gültigkeit, so ist die eine entweder die gewöhnliche, eigentliche (s. propria), und die andre die ungewöhnliche, uneigentliche (s. impropria), oder die mehreren Bedeutungen sind gleich gewöhnlich (ambiguitas, verbum aequivocum). Endlich kann 3.) in Rücksicht des Umfangs die eine weitumfassender als die andre seyn. Jene nennt man dann die allgemeine, oder weite (s. generalis vel lata), diese die beschränkte, oder enge (s. specialis s. stricta).

§. 39.

Fortsetzung. Bleibt man als grammattischer Ausleger bey dem reinen Wortverstande eines unzweydeutigen Gesetzes stehen, so heifst diefs die wörtliche oder buchstäbliche Auslegung (interpretatio verbalis). Nimmt man hingegen bey Auslegung eines zweydeutigen Gesestes den weiteren oder engeren Wortverstand an: so nennt man jenes die weite (interpr. lata), dieses die strenge Auslegung (interpr. stricta).

§. 40.

Fortsetzung. Unter mehreren gegebenen Bedeutungen mufs der grammatische Ausleger im Zweifel

[1.] I. H. Boehmer de interpr. gramat. fat. et usu in iure Rom. (in Exerc. T. II. auch als Vorrede zu Brissonius de V. S.).

die gemeine gewöhnliche allen übrigen vorziehen [1.], wenn nicht ein besonderer Redegebrauch der gesetzgebenden Gewalt erweislich gemacht werden kann [2.]. Wechseln Wortbedeutungen in der Zeit, so hat die, zur Zeit der Abfassung des Gesetzes gebräuchlich gewesene vor den übrigen den Vorzug [3.]. Wahrhaft zweydeutige Gesetze kann der grammatische Ausleger nur durch Aufdeckung des Doppelsinnes interpretiren; die Wahl unter den mehreren Bedeutungen bleibt dem logischen Ausleger überlassen [4.]. Uebrigens muſs vom Gesetzgeber stets Richtigkeit des Ausdrucks bis zum Beweise des Gegentheils vermuthet, also auch im Zweifel alles, was implicite in den Worten liegt (argumentum a contrario), als Vorschrift des Gesetzes betrachtet werden [5.].

§. 41.

2.) logische. Eintheilung.

Die logische Auslegung [1.] kann in ihren Resultaten mit dem Wortverstande im Widerstreit stehen, oder nicht. Im letzten Fall kann sie mit klaren Worten übereinstimmen, oder Zweydeutigkeiten bestimmen. Das letzte Verfahren nannten die Alten interpretatio declarativa. Im ersten Fall kann das logische Resultat entweder ganz vom grammatischen Wortverstande abweichen, oder denselben nur ändern. Geschieht das letzte, so wird das Gesetz entweder auf mehr Fälle ausgedehnt, oder auf weniger beschränkt. Jenes nennt man die ausdehnende Erklärung (int. extensiva), dieses die einschränkende (restrictiva). Die ausdehnende, einschränkende und declarative Auslegung erschöpfen also nicht alle denkbaren Arten der logischen Interpretation; aber es bedarf nur einer Entwicklung der, in Betreff jener drey Arten geltenden Grundsätze, weil diese durch Beurtheilung leicht auf alle andere angewandt werden können.

[1.] L. 69. de leg. III. (32.) L. 1. L. 7. §. 3. ad SCt. Maced. (14. 6.) Rapolla l. c. p. 132—137. [2.] L. 1. L. 52. de V. S. (50. 16.) vergl. mit L. 3. §. 1. de negot. gest. (3. 5.) L. 9. de obsequ. parent. (37. 15.). [3.] Boehmer l. c. §. 9. not. q. [4.] Forster l. c. L. II. c. 2. pr. nr. 3. 4. [5.] Meine Vers. 1. B. S. 336—341.

[1.] Donelli comment. L. 1. c. 13. 14. Franzke comm. ad P. L. 1. T. 3. Meine Theorie der log. Ausl. Altona, 1799. 8.

§. 42.

A.) Ausdehnende.

Was 1.) die ausdehnende Erklärung betrifft, so ist es A.) sofern man von dem Grunde des Gesetzes schliefst, eine Hauptregel: wenn in einem übergangenen Fall derselbe Grund eintritt, warum in einem andern Fall etwas gesetzlich entschieden ist: so gilt diese Entscheidung auch in Ansehung des übergangenen Falls [1.]. Selbst Strafgesetze, und correctorische Vorschriften sind auf diese Art ausdehnend zu erklären [2.], aber nicht privilegia und iura singularia [3.], und alle Gesetze, deren Ausdehnung untersagt ift [4.]. Nimmt man dagegen B.) auf die Absicht des Gesetzgebers Rücksicht, so ist jedes Gesetz in Gemäfsheit derselben auszudehnen [5.]. Uebrigens pflegt man die ausdehnende Erklärung nach dem Grunde des Gesetzes Analogie zu nennen [6.].

§. 43.

B.) Einschränkende.

2.) In Betreff der einschränkenden Erklärung ist die gemeine Regel: cessante ratione legis, cessat lex ipsa, ganz falsch. Fällt in der Folge auch der ganze Grund desselben weg, so bleibt es dennoch gültig [1.], und eben so ist es blofs deswegen nicht einzuschränken, weil etwa der Grund desselben ausnahmsweise nicht auf einzelne Fälle pafst [2.]. Nur dann ist die logische Beschränkung eines Gesetzes erlaubt, wenn man zeigen kann, dafs die Absicht des Gesetzgebers nicht dahin ging, feine Verordnung mit für diesen Fall zu erlassen [3.].

[1.] L. 12. 13. de LL. (1. 3.) Meine Theorie §. 12. A. M. sind. Franzke l. c. n. 40 — 68. Hofacker princ. iur. R. G. §. 156. [2.] L. 2. §. 29. ad SCt. Tert. (38. 17.) L. 3. ad L. Pomp. de paricid. (48. 9.) L. 7. §. 3. ad L. Jul. Maiest. (48. 4.) Meine Theorie §. 14. nr. 3. Abweichend sind Franzke l. c. n. 40 — 70. Feuerbach Revision 2. B. S. 17. fgg. [3.] L. 14. de LL. (1. 3.) L. 141. L. 162. de R. J. (50. 17.) Meine Theorie §. 14. Das Gegentheil behauptet J. C. Conradi ad Jul. Paul. ex libro singulari de iure singulari reliqua. Fragm. I. §. 9 — 12. [4.] Meine Theorie §. 13. Meine Vers. 1. B. S. 325 — 330. [5.] Meine Theorie §. 11. [6.] A. D. Schwarz de recto et legit. usu decid. cas. sec. analog. Erf. 1751. Nettelbladt de eod. arg. Hal. 1751. Meine Theorie §. 20.

[1.] Struben 2. B. 144. Bed. Meine Theorie §. 15. [2.] L. 4. 5. 6. 8. de LL. (1. 3.) Averan interpr. L. 5. c. 10. Voorda int. L. 1. c. 1. Weber über die nat. Verb. §. 64. [3.] L. 6. §. 2. de iure patron. (37. 14.).

§. 44.

C.) Declarative.

Was endlich 3.) die declarative Auslegung betrifft: so muſs man A.) zunächst den Grund des Gesetzes und die **specielle** Absicht des Gesetzgebers zu erforschen suchen, und dann das, sich hieraus ergebende Resultat allen andern vorziehen. Ist B.) von dieser Seite nichts zu entscheiden, so haben wir die Vorschriften, es sey allgemeine Absicht des Gesetzgebers, a.) daſs zuvörderst die, der Natur der Sache am gemäſseste Wortbedeutung vorgezogen werde [1.]; hiernächst b.) bey correctorischen Gesetzen und Privilegien die engere d. h. die, vom bestehenden Recht am wenigsten entfernende Bedeutung [2.]; doch muſs man bestimmt allgemeine Privilegien im vollen Wortverstande nehmen [3.]; endlich c.) daſs der Richter im Abgang aller andern Grundsätze die billigste, mildeste Wortbedeutung den übrigen vorziehe [4.].

§. 45.

3.) Ueber Critik.

Bey der besondern Beschaffenheit des Römischen Rechts entsteht noch die wichtige Frage: inwiefern der Jurist sich selbst durch Critik einen gesetzlichen Text bilden kann? Alles beruht hier auf den zwey Grundsätzen: 1.) der Richter darf ohne authentische Interpretation nicht weiter verfahren, wenn Auslegungs-Regeln ihn verlassen [1.], und 2.) wir haben in keinem Manuscript einen einzelnen gesetzlich sanctionirten Original-Text, sondern in den verschiedenen Manuscripten das Römische Recht recipirt. Daraus folgt denn a.) daſs es vollkommen erlaubt ist, aus Varianten der Manuscripte die bessere zu wählen, und b.) durch richtige Auslegung der Manuscripte die Fehler der gedruckten Ausgaben zu verbessern. Ist aber c.) der Text der Manuscripte gewiſs, so ist eine Aenderung nur dann er-

[1.] L. 57. de R. J. (50. 17.). [2.] L. 1. C. qui aetat. (5. 68.) L. 2. L. penult. de vacat. et excuſat. (50. 5.) L. 35. C. de inoffic. test. (3. 28.). J. H. Boehmer de finib. privil. regund. c. 2. §. 9. (Exerc. T. II.). Pütter de iure et offic. indic. circa interpr. privilegior. Idem ac iure et offic. summ. imper. tribunal. c. int. priv. caesar. (op. n. 5. 6.). [3.] L. 3. de const. princ. (1. 4.). [4.] L. 42. de poen. (48. 19.) L. 90. L. 155. de R. J. (50. 17.).

[1.] L 12. C. de LL. (1. 14.).

laubt, wenn alle Bedingungen der logischen Auslegung vorhanden sind [2.].

§. 46.

II.) Auslegung rechtlicher Geschäfte.

Für die Lehre von der Auslegung rechtlicher Geschäfte [1.] enthält das Römische Recht eine beynahe unendliche Menge von Interpretations-Regeln. Fast alle Gesetze über die einzelnen Verträge, Servituten und Legate verdienen nur diesen Namen. Für den allgemeinen Theil können hier jedoch nur folgende Hauptgrundsätze aufgestellt werden: I.) zunächst ist auf den Wortverstand zu sehen, und die, am Ort des errichteten Geschäfts gewöhnliche Bedeutung anzunehmen [2.]. Unbedingt allgemeine Worte sind ganz in diesem Umfange auszulegen [3.], und kein Wort ist als überflüssig zu behandeln [4.], gesetzt das ganze Geschäft sollte auch durch richtige Auslegung zu Grunde gehen [5.]. Sind aber Unbestimmtheiten und Zweydeutigkeiten vorhanden, so ist a.) der Sinn anzunehmen, wodurch das Geschäft aufrecht [6.], oder b.) wodurch das, der Natur des Geschäfts am angemessenste Resultat erhalten wird [7.]. Zuletzt ist c.) der Sinn vorzuziehen, welcher dem Verlierenden am wenigsten nachtheilig ist [8.].

§. 47.

Fortsetzung.

Die Worte entscheiden zwar unmittelbar, kann indeſs II.) eine entgegenstehende Absicht

[2.] Meine Vers. 1. B. n. 16.

[1.] Mantica de tacit. et ambig. convent. Averan interpr. L. II. c. 30. L. III. c. 16 — 30. L. 4. c. 1. 2. 3. 9 — 17. L. V. c. 1. 2. 5 — 12. C. F. Alef de eo quod aequ. est in dubiis convent. (in d. acad. n. 8.). C. F. Boeschen de pactor. ambiguor. interpr. Lips. 1775. [2.] L. 69. de leg. III. (32.) L. 34. de R. J. (50. 17.). [3.] L. 31. de evict. (21. 2.) L. 23. de S. P. U. (8. 2.). [4.] L. 26. §. 2. de pact. dotal. (23. 4.). [5.] L. 9. §. 6. de R. C. (12. 1.). [6] L. 22. pr. de usu (7. 8.) L. 41. L. 80. de V. O. (45. 1.). [7.] L. 9. de servit. (8. 1.) L. 43. pr. de damn. inf. (39. 2.). [8.] L. 39. de pact. (2. 14.) L. 21. 31. 33. 34. pr. de contr. emt. (18. 1.) L. 38. L. 99. de V. O. (45. 1.) L. 172. de R. J. (50. 17.). J. H. Boehmer de interpr. fac. advers. eum qui clarius loqui debuisset (Exerc. T. II.). Schierschmid D. de eod. arg. Erl. 1766. S. I. Kapf D. sistens quaest. quis sit qui in conv. ambig. clar. loqui debuisset? Tub. 1792.

erwiesen werden, so ist das Resultat derselben vorzuziehen. Man unterscheide inzwischen: 1.) bey zweyseitigen Geschäften wird, bey klaren Worten, auf die Absicht des Einen Theils nicht gesehen [1.]. Stimmt die Absicht beyder zusammen, so geht diese selbst den klarsten Worten vor [2.]. Ist 2.) das Geschäft einseitig, so entscheidet die Absicht des Redenden, und zwar, wenn seine Rede zweydeutig war, bloſs nach vorgängiger Erklärung desselben [3.]. Ist ein Geschäft (wie z. B. ein Testament) von der Art, daſs es nicht ohne Willen, aber nicht durch stillschweigenden Willen errichtet werden kann: so bewirkt die erwiesene, den Worten widerstreitende Absicht bloſs die Vernichtung des Wortinhalts, nicht aber das Setzen einer neuen Vorschrift, welche nicht in den Worten liegt [4.].

Dritter Theil.

Ueber das Product der Gesetze.

Erster Abschnitt.

Ueber Rechte und Verbindlichkeiten an sich betrachtet.

Erste Abtheilung.

Ueber Rechte.

§. 48.

Einleitung. Das Product, oder der Gegenstand der Gesetze sind Rechte und Verbindlichkeiten. Bey beyden muſs man das Recht und die Verbindlichkeit selbst, oder die Möglichkeit und Nothwendigkeit,

[1.] L. 99. pr. de V. O. (45. 1.). [2.] L. 219. de V. S. (50. 16.). [3.] L. 66. de indic. (5. 1.) L. 83. §. 1. de V. O. (45. 1.) L. 96. de R. I. (50. 17.). J. G. Siegel de testatore suae volunt. interpr. Lips. 1737. [4.] L. 9. pr. de hered. inst. (28. 5.) L. 7. §. 2. de supellect. legat. (33. 10.).

das Subject derselben, oder dasjenige, dem etwas möglich oder nothwendig ist, und Object, oder dasjenige, was möglich oder nothwendig ist, und endlich den Grund derselben, oder dasjenige, was ihnen ihre Existenz gibt und erhält, unterscheiden. Es bedarf mannichfaltiger juristischer Erörterungen, um die Natur derselben genau zu entwickeln.

§. 49.

Ein Recht erzeugt 1.) Freiheit zu handeln.

Aus dem Begriff eines Rechts, als einer, durch die Gesetze begründeten Möglichkeit des Zwanges folgt 1.) daſs alles erlaubt iſt, was bey Ausübung des Rechts geschieht, selbst wenn es einem andern schädlich seyn sollte [1.]. Werden jedoch erlaubte Handlungen vorgenommen, um die Gesetze dadurch arglistig zu umgehen [2.], oder bloſs in der arglistigen Absicht, einen andern zu necken [3.]: so sind sie den verbotenen Handlungen gleichzusetzen.

§. 50.

2.) Möglichkeit des Zwanges.

2.) Jedes Recht führt als solches die Möglichkeit des Zwanges mit sich, entweder um den Verpflichteten zu positiven Handlungen an-, oder ihn davon abzuhalten. Ohne einen solchen Zwang ist kein Zwangsrecht denkbar, wenn auch derselbe nicht grade nothwendig gegen Mitunterthanen ausgeübt zu werden braucht [1.]. In der Regel [2.] kann dieser Zwang im Staate nur durch richterliche Hülfe ausgeübt werden, und zwar entweder so, daſs man zuerst eine Aufforderung an den Richter ergehen läſst, damit derselbe den Verpflichteten zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit anhalte, (Klage), oder so, daſs man die Klage des andern abwartet, und derselben, um ihr auszuweichen, sein Recht entgegensetzt (Einrede). In der Regel hat, wegen der mancherley Begünstigungen des Beklagten, die Rechtsverfolgung durch Einreden den mehrsten Vortheil [3.].

[1.] L. 151. L. 155. §. 1. de R. I. (50. 17.). [2.] L. 3. §. 3. ad SCt. Macedon. [3.] Carpzov Decis. n. 104.

[1.] Dieſs gegen Müller ad Leyser Obs. 44. inwiefern er negativen Privilegien kein Zwangsrecht beylegt. [2.] Die Ausnahmen unten im Proceſs. [3]. Webers Beytr. z. d. Kl. u. Einr. 1. S. N. 1.

§. 51.

A.) Durch Klagen. Deren Arten.

In Rücksicht ihres Umfangs betrachtet sind die Klagen [1.] entweder dingliche (in rem), welche der Berechtigte gegen jeden anstellen kann, welcher ihm die Ausübung seines Rechts streitig macht, oder persönliche (in personam), welche nicht so unbeschränkt angestellt werden können [2.]. Ist ein Recht mit einer Klage der ersten Art verknüpft, so heifst es ein dingliches (ius in re, in rem); im entgegengesetzten Fall ein persönliches (ius in personam, ius ad rem). Ein Recht der ersten Art braucht demnach nicht nothwendig an einer Sache, und ein Recht der letzten Art nicht nothwendig gegen eine Person ausgeübt zu werden [3.]. Ist eine persönliche Klage von der Art, dafs sie unter besondern Umständen gegen jeden Besitzer angestellt werden kann, so heifst sie in rem scripta [4.]. Im Allgemeinen wird auch wohl jede persönliche Klage condictio genannt [5.]. Zugleich dingliche und persönliche Klagen kann es nicht geben; doch gibt es dingliche Klagen, mit denen man zugleich eine persönliche, ohne sie besonders zu nennen, verbinden kann. Diese werden vermischte genannt [6.].

§. 52.

Fortsetzung.

Bey allen Klagen kann in der Regel das gefordert werden, was die Billigkeit und Natur der Sache mit sich bringt. Nur die Klagen, welche aus einem, mit feyerlichen Worten errichteten Geschäft ent-

[1.] Von den Klagen u. Einreden wird hier nur erst im Allgemeinen gehandelt. Vieles kommt unten im Procefs vor; vieles von den gewöhnlichen Eintheilungen ist als Wortkrämerey zu übergehen. Eine Anzeige der bekanntesten Schriften über Klagen und Einreden s. in J. C. Schmidts Lehrb. v. d. Kl. u. Einr. mit Zus. von A. D. Weber §. 7. 8. [2.] §. 1. 13. I. de act. (1. 6.) L. 25. de O. et A. (44. 7.). [3.] Vergl. überh. Meine Vers. 2. B. n. 2. [4.] L. 9. §. ult. quod met. causs. (4. 2.) L. 3. §. 3. ad exhib. (10. 4.). S. F. Gasser de action. in rem script. et ear. concept. Hal. 1738. Heineccii antiqu. L. 4. T. 6. §. 24—30. [5.] L. 25. de O. et A. (44. 7.). I. a. Costa ad §. 15. I. de act. [6.] §. 20. I. de act. (4. 6.). Ueber die Streitfrage, ob es actiones mixtas gebe? vergl. Emminghaus ad Cocceii I. C. L. 10. T. 1. qu. 1. und allenfalls noch: Bericht. u. Zus. zu den Inst. d. R. R. S. 121. fgg.

springen, können auf nichts weiter gerichtet werden, als was nach dem Wortverstande in der Formel liegt. Daher die jetzt unpractische Eintheilung in bonae fidei und stricti iuris actiones, negotia, und iudicia [1.].

§. 53.

Fortsetzung.

Alle Klagen, welche man durch positive Gesetze begründen kann, heifsen genannte (vulgares, nominatae), und insofern sie namentlich in den Gesetzen gestattet sind directe [1.], sofern sie hingegen der Billigkeit wegen wider den Inhalt der eigentlichen Gesetze, oder durch eine ausdehnende Erklärung der Gesetze eingeführt werden actiones utiles [2.]. Die directen Klagen sind entweder mit einem individuellen Namen in den Gesetzen bezeichnet, oder nicht. Im letzten Fall nennt man sie, zur Kürze der Terminologie, blofs durch Anführung des Gesetzes, worin sie gestattet sind (condictio ex lege, canone, statuto, moribus) [3.]. Ist hingegen eine Klage nicht in eigentlichen Gesetzen gegründet, sondern beruht sie im Wesentlichen nur auf der Billigkeit, so wird sie actio in factum, oder praescriptis verbis genannt [4.], oder jetzt auch wohl imploratio officii iudicis [5.]. Zuweilen wird einer genannten Klage noch ein Beysatz zugefügt, entweder um ihren Zweck noch näher zu bezeichnen (z, B. actio ex stipulatu certi, incerti, triticiaria), oder um für diesen Fall ihren Grund vollständig und bestimmt anzugeben (z. B. actio emti quod iussu). Solche Klagen pflegt man jetzt actiones adiectitiae qualitatis zu nennen [6.].

[1.] §. 28. I. de act. (4. 6.). Höpfner Comment. §. 1128—1135.

[1.] L. 1. 2. de praescr. verb. (19. 5.) L. 37. de O. et A. (44. 7.) [2.] L. 11. de praescr. verb. (19. 5.) §. 4. I. de act. (4. 6.) §. ult. I. de leg. aquil. (4. 4.). Heineccii hist. iur. L. 1. §. 50. [3.] Tit. de condict. ex lege (13. 2.). Schmidt v. d. Kl. u. Einr. §. 1338. 1339. Westenberg de causs. oblig. Diss. 4. [4.] L. 1. 2. 3. de praescr. verb. (19. 5.). Hortensius Comm. in Tit. D. de praescr. verb. Lugd. 1587. 4. Meister de in factum action. (op. n. 7.). Hommel Rhaps. Obs. 537. [5.] F. A. Kuenhold de remed. implor. offic. iudic. action. forens. vicario. Lips. 1720. [6.] Vergl. I. H. Berger fontes adiectitiarum qualitatum. Vit. 1682. Cocceii I. C. L. 12. T. 6. qu. 3. L. 13. T. 3. qu. 1. Pufendorf T. 2. Obs. 41. Bericht. und Zusätze zu den Inst. des Röm. Rechts. S. 84—88.

§. 54.

B.) Durch Einreden. Eintheilungen.

Sucht sich der Beklagte gegen die Klage zu vertheidigen, so wird diefs im allgemeinen Verstande eine Einrede (exceptio, praescriptio) genannt [1.]. Diese Vertheidigung kann zwiefach seyn, nämlich entweder eine einstweilige Schützung gegen die Klage bezwecken, oder eine gänzliche Befreyung. In jenem Fall heifst sie verzögerliche Einrede (dilatoria). Im letzten Fall hingegen leugnet der Beklagte entweder den Grund der Klage, oder er setzt demselben etwas entgegen, was ihn zerstört. Das erste nennt man verneinende Einlassung (litis contestatio negativa), das letzte im eigentlichen Sinn eine zerstörliche Einrede (exceptio peremtoria [2.]. Sogenannte vermischte Einreden, d. h. welche aus verzögerlichen und zerstörlichen zusammengesetzt sind, gibt es nicht. Was man so nennt [3.] sind verzögerliche, welche, wenn ihnen der Kläger folgt, eine zerstörliche Einrede erzeugen können.

§. 55.

Fortsetzung.

In Rücksicht des Umfangs sind die Einreden theils dingliche (in rem), theils persönliche (in personam), das letzte nämlich, wenn sie blofs von dem, welchem sie ertheilt sind, vorgeschützt werden können; das erste, wenn sie allen accessorisch bey einem Hauptrechte interessirten Personen, und jedem Erwerber desselben zu Statten kommen. Für die persönlichen streitet nicht die Vermuthung [1.]. Uebrigens können die Einreden eben so, wie die Klagen, genannte (certae, nominatae) seyn, oder nicht (incertae, in factum, utiles) [2.].

§. 56.

C.) Replik, Duplik u. s. w.

Eben so wie der Beklagte auf die Klage sich erklärt, kann der Kläger auf die eigentlichen Einreden des Beklagten antworten, und zwar entweder durch das Verneinen derselben, oder di-

[1.] L. 2. pr. L. 11. L. 23. de except. (44. 1.). [2.] L. 3. de except. (44. 1.) §. 9. 10. 11. I. eod. (4. 13.). [3.] Danz §. 158. Wehrn v. gerichtl. Einr. §. 9.

[1.] L. 7. D. de except. (44. 1.) §. ult. I. de replic. (4. 14.). L. 2. §. 2. L. 4. §. 34. de dol. mal. et met. except. (44. 4.). [2.] §. 1. I. de except. (4. 13.).

latorische und peremtorische Einreden. Die letzten heissen dann **Replik**. Gegen die Replik lassen sich wieder Einlassung und Einreden denken, welche letzten dann **Duplik** heifsen. Was die letzte im Verhältnifs zur Replik ist, ist die **Triplik** im Verhältnifs zur Duplik, die **Quadruplik** im Verhältnifs zur **Triplik** u. s. w. [1.].

§. 57.

3.) Recht der Nichtausübung, und Entsagung.

Eine fernere Folge aus dem Begriff eines Rechts ist 3.) der Grundsatz, dafs Niemand verpflichtet ist, von seinem Recht Gebrauch zu machen [1.], wenn dazu nicht besondere Gründe eintreten. Jeder, welcher die freye Disposition über sein Vermögen hat, kann daher seinen Rechten entsagen [2.]. Nur der, einem ganzen Stande verliehenen Privilegien kann sich der Einzelne nach Kanonischem Recht [3.] nicht begeben. Alle Renunciationen sind übrigens streng (§. 39.) zu erklären (§. 46.), auch müssen sie so bestimmt seyn, dafs man deutlich sieht, welchen besondern Rechten zu entsagen die Absicht war [4.].

§. 58.

Insbesondere von Cessionen.

Die Uebertragung eines Rechts auf einen andern ist eine Art der Begebung desselben, und auch in der Regel erlaubt; doch erfordert die Entwicklung der Natur derselben manche Erörterungen. Die Regel ist hier: alle Rechte, welche man unabhängig von den positiven Handlungen eines Verpflichteten ausüben kann, dürfen nach der Strenge des Rechts an einen andern abgetreten werden [1.], und selbst wenn die Abtretung des Rechts aus besondern Gründen verboten ist, darf man wenigstens die Vortheile desselben einem andern überlassen [2.]. Hat man persönliche, oder

[1.] Tit. I. de replicat. (1. 14.).

[1.] L. un. C. ut nemo invitus agere (3. 7.). [2.] L. 29. C. de pact. (2. 3.). [3.] Cap. 12. X. de foro compet. (2. 2.) freylich absurd! **Boehmer** I. E. P. L. 2. T. 2. §. 42. [4.] L. 4. §. 4. si quis caut. in iudic. (2. 11.). **Carpzov** P. 2. c. 57. Def. 5. **Mevius** P. 9. Dec. 186. **Pufendorf** T. 2. Obs. 43.

[1.] Tit. I. quib. alienar. lic. vel non (2. 8.). [2.] L. 6. §. 2.

überhaupt solche Rechte, welche durch eine Klage zu verfolgen sind: so darf man dieselben gleichfalls einem andern abtreten [3.], doch muſs zu der Abtretung des Rechts noch eine besondere Bevollmächtigung zur Anstellung der Klage Namens des Abtretenden hinzukommen. Diese heiſst Cession [4.]. Man nennt jetzt bey diesem Geschaft den alten Gläubiger: cedens, den neuen: cessionarius und den Schuldner: debitor cessus. Nach dem neueren Recht bedarf es indeſs dieser Cession nicht, sondern der Erwerber des Rechts hat stets eine actio utilis in eignem Namen [5.], sofern er sich gehörig legitimirt, wozu aber der bloſse Besitz des Schuldscheins nicht hinreicht [6.].

§. 59.

Fortsetzung. Die Abtretung eines Rechts muſs freywillig geschehen, also auch die Cession [1.]; doch kann sie in zwey Fällen verlangt werden, nämlich erstlich, wenn man durch Abtretung des Rechts sich dazu verbindlich gemacht hat, und zweytens, wenn der Gläubiger für den Schuldner von einem andern Zahlung empfangen hat [2.].

§. 60.

Fortsetzung. Auch der, welcher über sein Vermögen überhaupt frey verfügen kann, darf in manchen Fällen ein Recht, wegen der besondern Natur desselben, nicht abtreten. Ueber die Frage: welche Rechte dahin gehören? lassen sich nur zwey Regeln geben, nämlich daſs alle mit Verbindlichkeiten vermischten

C. de bon. quae lib. (6. 60.). [3.] L. 17. L. ult. de her. vel act. vend. (18. 6.). [4.] L. 3. §. 5. de in rem verso (15. 3.) L. 24. pr. de minor. (4. 4.) L. 2. in fin. fam. hercisc. (10. 2.) L. 8. in fin. mandat. (17. 1.) L. 76. de solut. (46. 3.) L. 1. C. de novat. (8. 42.) Donell comm. L. 15. c. 43. Vergl. überh. Sande, Stryk, Lenz de cessione actionum. Lauterbach D. de act. vendit. I. D. Gruber de action. mandat. F. G. Ankelmann de cessione nom. Goett. 1791. [5.] L. 7. 8. C. h. t. (4. 39.). [6.] Leyser Sp. 201. Mevius P. 8. D. 236. Wernher P. 5. Obs. 247.

[1.] I. C. Heimburg de creditore ad iura tert. cedendo haud oblig. Ien. 1745. [2.] L. 17. L. 41. §. 1. de fideiussor. (46. 1.) L. 76. de solut. (46. 3.). Schacher de quibusd. cession. necessar. Lips. 1642.

Rechte [1.] und alle mit einer Klage verknüpften Privilegien, welche nicht auf die Erben übergehen [2.], im Zweifel nicht cedirt werden dürfen. Die gemeine Regel: cessibel ist, was vererbt, nicht cessibel, was nicht vererbt werden kann [3.], ist eben so falsch [4.], als die unbedingte Behauptung vieler, daſs man Criminal- und Popular-Klagen, und sogenannte actiones vindictam spirantes nicht cediren könne [5.]. In Streit befangene Klagen (litigiosae) können nicht nach den Gesetzen [6.], wohl aber nach der Praxis cedirt werden [7.].

§. 61.

Fortsetzung. Die Cession kann ohne und wider Willen des Schuldners geschehen [1.], doch wird der letzte durch die Cession nicht von dem alten Gläubiger frey. Dieser hat vielmehr, so lange der neue Gläubiger nicht klagbar geworden oder bezahlt ist, noch immer das Recht den Schuldner zu belangen [2.], obgleich er von dem neuen Gläubiger zur Herausgabe des Empfangenen angehalten werden, und jener bey der Concurrenz mit diesem dem Vorzug verlangen kann [3.]. In Praxi ist es indeſs angenommen, daſs der Schuldner dem Cedenten von dem Augenblick an nicht weiter als seinen Gläubiger betrachten darf, da ihm durch eine förmliche Anzeige die Cession kund gethan ist [4.].

§. 62.

Fortsetzung. Die Cession überträgt das ganze Recht des Cedenten mit seinen Anhängen auf den Cessio-

[1.] 2. F. 34. 39. 45. 52. 55. L. 1. C. de novat. (8. 42.). Stryk cap. 4. §. 1. 2. [2.] L. 6. de rest. in int. (2. 51.). Vergl. mit L. 24. pr. de minor. (4. 4.) L. 42. de admin. tut. (5. 37.). [3.] Brunnemann l. c. cap. 4. n. 20. fgg. [4.] H. de Cocceii de cess. cor. quae ad hered. non trans. et contra (Exerc. Vol. 2. T. 2. n. 65.) cap. 2. [5.] L. 12. de V. S. Cocceii l. c. §. 21. §. 24. fgg. Cocceii I. C. L. 18. T. 6. qu. 14. [6.] L. 1. de litig. (44. 6.) L. 2. L. ult. C. eod. (8. 37.). [7.] Berger Oec. Iur. L. 3. T. 5. §. 5. not. 22.

[1.] L. 3. C. h. t. (4. 39.). [2.] L. 3. C. mandat. (4. 35.) L. 3. C. de novat. (8. 42.). [3.] L. 23. §. 1. h. t. (18. 6.) L. 55. de procurat. (2. 13.). [4.] Sande l. c. cap. 12. n. 17. Wernher lect. c. L. 18. T. 6. §. 15. Berger Oec. I. L. 5. T. 5. §. 5. not. 4. Klein merkw. Rechtsf. 1. B. n. 18.

nar [1.], nur nicht dessen persönliche Privilegien [2.], doch muſs es der Cessionar in der Maaſse ausüben, wie es der Cedent selbst würde gethan haben. Er kann sich also bey Verfolgung des Rechts seiner eigenen Privilegien nicht bedienen [3.], und muſs, auch wenn er actione utili klagt, sich alle Einreden gefallen lassen, welche der Schuldner dem Cedenten selbst hätte entgegensetzen können, die Cession sey nun unentgeldlich geschehen, oder nicht [4.], ausgenommen wenn der Cedent das abgetretene Recht nicht vom Schuldner erworben hatte, und die Cession keine reine Schenkung war [5.]. Klagt er direct Namens des Cedenten, so können ihm natürlich alle, gegen den letzten Statt findenden Einreden entgegengesetzt werden.

§. 63.

Fortsetzung.

Der Satz, daſs der Cessionar an die Stelle des Cedenten tritt, führt natürlich zu der Regel, daſs jener alles, was dieser hätte fordern können, vom Schuldner einklagen kann. Die sogenannte lex Anastasiana [1.] verbunden mit Justinians neuerer Vorschrift [2.] enthält aber die merkwürdige Einschränkung, daſs der, welcher eine Forderung gekauft, oder zum Theil gekauft und geschenkt erhalten hat, vom Schuldner, zu dessen Vortheil dann die ganze übrige Verbindlichkeit vernichtet wird [3.], nicht mehr, als das

[1.] L. 2. 6. 23. D. h. t. (18. 6.) L. 6. 7. C. eod. (4. 39.). [2.] Voet L. 18. T. 6. §. 12. Ueber die mancherley willkührlichen Einschränkungen dieser Regel vergl. Berlich P. 1. Concl. 65. n. 101. Franzke resol. L. 1. R. 14. n. 33. Willenberg de priv. cedent. et cessionar. Frankf. 1695. cap. 3. §. 8. [3.] L. 2. pr. h. t. (18. 6.) L. 175. §. 1. L. 177. pr. de R. I. (50. 17.). Willkührliche Beschränkungen dieses Satzes vertheidigen Voet l. c. §. 13. Wehrn de cessionario privilegiato ect. Erf. 1786. §. 1 — 3. Faber in Cod. L. 3. T. 12. Def. 22. S. dagegen Willenberg l. c. §. 16 — 19. [4.] Andrer Meinung sind in Betreff der cessio ex caussa lucrativa Brunnemann de cess. act. cap. 6. Willenberg l. c. cap. 4. Berger Oec. Iur. L. 3. T. 5. §. 5. not. 10. [5.] L. 4. 27. 28. 29. 31. de dol. mal. et met. exc. (44. 4.) Weber nat. Verb. §. 117. not. g.

[1.] L. 22. C. mandat. (4. 35.). Vergl. bes. I. A. Bach de lege Anastasiana (opusc. n. 9.). Gmelin gem. jurist. Beobacht. 4. B. n. 12. I. C. Scheele de iustis limit. leg. Anastas. positis. Helmst. 1791. [2]. L. 22. C. eod. [3.] Brunnemann de cess. act. c. 1. n. 87. Bach l. c. §. 5. Abweichen-

wirklich gezahlte Geld nebst Zinsen einfordern kann, ausgenommen wenn Legatare und Miterben sich gemeinschaftliche Forderungen cediren, und wenn die Cession zur Tilgung einer Schuld, oder zur Schützung des Besitzes [4.] geschieht. Auf reine Schenkungen, und alle andere Geschäfte ist jene exorbitante Vorschrift nicht zu erstrecken [5.), so wenig als auf unsre Wechsel [6.]; auf den reinen, oder mit einer Schenkung vermischten Kauf ist es aber nach den Worten der Gesetze unbedingt anzuwenden, die Forderung mag ungewifs, der Verkäufer in dolo, oder aus Noth zum Verkauf gezwungen seyn, oder nicht [7.]. Auch steht unsre Verfassung der Anwendbarkeit jener Sätze nicht entgegen [8.]. Wie viel übrigens gezahlt sey, hat der Cessionar zu erweisen [9.].

§. 64.

Fortsetzung. Jeder, welcher Rechte zu erwerben fähig ist, kann die Stelle eines Cessionars vertreten, nur darf die Cession nicht an eine Person geschehen, welche auf irgend eine Art [1.] den Schuldner [2.] an Macht und Ansehn bedeutend übertrifft [3.] Geschieht diefs (cessio in potentiorem) in guter Absicht, so ist die Cession nichtig; geschieht es hingegen arglistig, so wird zur Strafe, und zwar zum Vortheil des Schuldners [4.], das ganze Recht vernichtet [5.]. Dasselbe tritt nach den Gesetzen, wahrscheinlich aus denselben Gründen, ein, wenn Jemand sein Recht gegen

de Ideen haben Weber nat. Verb. §. 94. Mevius P. 3. Dec. 1. Lauterbach Coll. L. 18. T. 6. §. 74. [4.] Z. B. ein jüngerer Pfandgläubiger läfst sich, um gegen den ältern gedeckt zu seyn, das Pfandrecht des letzten für Geld abtreten. Bach l. c. §. 6. [5.] Andrer M. s. Voet. L. 18. T. 6. §. 18. Bach §. 3. [6.] W. Rahn über die Unzuläss. der Einr. d. Anastas. Ges. gegen Wechselford. Braunschw. 1802. 8. [7.] Reinold var. c. 32. Leyser Sp. 203. m. 2. Andrer M. ist Sande de action. cess. c. 11. n. 24. [8.] Cocceii I. C. L. 18. T. 6. qu. 27. 28. Müller ad Leyser Obs. 423. [9.] Struben 4. B. 190. Bed.

[1.] Brunnemann l. c. cap. 2. nr. 24. Wernher lect. comm. L. 18. T. 6. §. 7. [2.] Brunnemann l. c. n. 20. [3.] L. 1. 2. C. ne lic. potent. (2. 14.) S. auch überh. Stryk de potentiore cessionar. Hal. 1693. Brokes Obs. n. 313. [4.] Franzke resol. L. 1. R. 10. n. 60. Hilliger ad Donell. L. 18. cap. 11. Lit. m. [5.] Brunnemann l. c. n.

einen Mündel an dessen Vormund [6.], oder wenn ein Jude seine Schuldforderung an einen Christen einen andern Christen abtritt [7.]; doch sind sowohl die Gründe [8.] als die Grenzen [9.] dieser letzten, in Praxi selten befolgten [10.] Bestimmung streitig. — Noch eine hieher gehörige Frage, nämlich ob der Cedent für die Güte der cedirten Forderung haften müsse? wird sich unten in der Lehre von der Evictions-Leistung (§. 162.) besser beantworten lassen.

Zweyte Abtheilung.

Ueber Verbindlichkeiten.

§. 65.

I.) Natur der Verbindlichkeit überhaupt. 1.) Ausschliefsung des Entsagens und der Willkühr.

Der Begriff der Verbindlichkeit als einer moralischen Nothwendigkeit lehrt durch sich selbst, I.) dafs der Verpflichtete auf keine Weise nach Willkühr darüber verfügen, und sich derselben entziehen kann. Er kann daher seine Verpflichtung weder einseitig auf einen andern übertragen [1.], noch sich durch Willkühr den Befehlen der Gesetze entziehen. Eine gesetzwidrige Handlung ist daher im Zweifel null und nichtig [2.], und hat nur dann rechtliche Folgen, wenn die Gesetze diefs ausnahmsweise gestatten, wie diefs in Ansehung aller natürlichen Rechtsgeschäfte der Fall ist, worüber die bürgerlichen Gesetze Vorschriften enthalten, weil diese nur im Zweifel als

35 — 37. [6.] Nov. 72. c. 5. [7.] R. A. n. 1551. §. 79. Pol. O. v. 1577. Tit. 20. §. 4. S. F. Willenberg de cess. nom. cum Judaeo instituta. Ged. 1720. (Exerc. P. 1. n. 14.). I. S. F. Boehmer de cess. nom. ad Jud. in Christ. facta rata vel irrit. Frkf. 1738. [8.] Vergl. Cocceii I. C. L. 18. T. 6. qu. 13. mit Cramer Wet. Nebenst. 4. Thl. m. 3. §. 8. [9.] S. Pufendorf T. 2. Obs. 158. Carpzov P. 2. C. 30. D. 45. und dawider; Meditat. über versch. R. M. 3. B. n. 161. [10.] Berger Oec. Iur. L. 3. T. 5. §. 5. not. 12. Leyser Sp. 199.

[1.] L. 1. C. de novat. (§. 42.) [2.] L. 5. C. de LL. (1. 14.). Weber nat. Verb. §. 64. 74. Andre Ideen haben Vinnius quaest. sel. L. 1. c. 1. Voet. L. 1. T. 3. n. 16. Hommel rhaps. Obs. 213. Pütter theor. general. de nullitat.

Auslegungs-Regeln den Richter leiten sollen [3.]. Hat indeſs Jemand wissentlich wider die Gesetze gezahlt, so kann er selbst, wenn besondere gesetzliche Vorschriften keine Ausnahme machen, das Gezahlte vom Empfänger nicht zurückfordern [4.].

§. 66.

Fortsetzung.

Eine einmal Anfangs nichtige Handlung wird durch sich selbst in der Folge nicht gültig [1.], wenn nicht neue facta hinzukommen, welche den vorhandenen Mangel verbessern [2.]. Hat der Verpflichtete seine Verbindlichkeit theils übertreten, theils derselben gemäſs gehandelt; so wird das Gültige, sofern es für sich selbst bestehen kann, durch das Ungültige nicht vernichtet [3.], und das Gesetzmäſsige kann als ein, von dem intendirten verschiedenes Geschäft erhalten werden. [4.].

§. 67.

Ausnahme bey alternativen Verbindlichkeiten.

Nur bey alternativen Verbindlichkeiten d. h. solchen, da entweder dieſs oder ein anderes zu leisten ist, hat der Schuldner einige Willkühr, nämlich das Recht der Wahl, sofern noch die mehreren Gegenstände vorhanden sind [1.]. Im Zweifel hat der Schuldner dieſs Wahl-

§. 17. 20. (in opusc.). [3.] L. 7. de pact. (2. 14.). L. 72. de contr. emt. (18. 1.) L. 1. depos. (16. 3.) L. 23. 27. de R. I. (50. 17.). Weber a. a. O. §. 54. 102. [4.] Weber a. a. O. §. 48. 75 — 77. 91.

[1.] L. 29. de R. I. (50. 17.) L. 83. §. 5. de V. O. (45. 1.) [2.] Ein Geschäft welches bloſs darum nichtig war, weil ein andrer es nicht genehmigt hatte, wird durch dessen Genehmigung rückwärts gültig L. ult. pr. C. ad SCt. Maced. (14. 6.) Die nachherige Billigung des Urhebers des Geschäfts unter andern Umständen hat keine rückwirkende Kraft L. 65. §. 1. de rit. nupt. (23. 2.) und eben so die Genehmigung des Dritten, welcher ein, Namens seiner gültig geführtes Geschäft ratihabirt. L. 9. de negot. gest. (3. 5.) L. 9. C. eod. (2. 19.). Meine Vers. 2. B. n. 10. [3.] L. 5. §. 2. L. 31. §. 4. de donat. int. V. et U. (24. 1.) L. 29. de usur. (22. 1.). Ueber die Ausnahmen an seinem Ort. [4.] Man nennt dieſs conversio actus iuridici. Hofacker princ. iur. R. G. T. 1. §. 221.

[1.] L. 34. §. 5. de contr. emt. (18. 1.) L. 105. de V. O. (45. 1.)

recht [2.], selbst beym Zurückfordern des Zuvielgegebenen [3.]; doch kann es auch der Gläubiger durch besondere Dispositionen erlangen [4.], und überträgt es dann, wenn er es sich auch durch einen Vertrag sicherte, im Zweifel auf seine Erben [5.]. Die einmal entschiedene Wahl hebt aber das Wahlrecht auf [6.].

§. 68.

2.) Möglichkeit der Handlung.

Das Nothwendige mufs möglich seyn. Eine Verbindlichkeit kann also 2) nicht gedacht werden, wenn der Gegenstand derselben physisch unmöglich ist [1.], oder in der Folge ward (rei interitus s. lato), obgleich der Verpflichtete, welcher sich selbst in diese Lage gebracht hat, angehalten werden kann, den Berechtigten auf andre Art zu entschädigen [2.].

§ 69.

3.) Verpflichtung zur Zahlung. Hiezu gehört

Wer verpflichtet ist mufs ferner 3) alles dasjenige, was den Gegenstand der Nothwendigkeit ausmacht, genau erfüllen. Die Leistung desjenigen, wozu man verpflichtet ist, heifst im Allgemeinen Zahlung (solutio), obgleich dieser Ansdruck im engeren Sinn nur zur Bezeichnung der Entrichtung einer Geldsumme gebraucht wird [1.].

[2.] §. 31. J. de act. (4. 6.) L. 50. §. ult. de iur. dot. (23. 3.) L. 34. §. 5. de contr. emt. (18. 1.) L. 138. §. 1. de V. O. (45. 1.) Hert D. electione ex obligat. alternativ. Sect. I. (in opusc. Vol. 1. T. 3.) [3.] L. penult C. de cond. inbeb. (4. 5.) Thomasius D. de promiss. rei incert. §. 55. Voet Lib. 12. T. 6. n. 5. [4.] L. 10. de iure dot. (23. 3.) L. 112. de V. O. (45. 1.) [5.] L. 75. §. 3. de leg. I. (30.) L. 19. de opt. vel elect. legat. (33. 5.) Hert Sect. 4. §. 1. Auch machen L. 76. 141. pr. de V. O. (45. 1.) diesen Satz nicht schwierig, wie Thomasius l. c. §. 6. glaubt. [6.] L. 106. L. 112. pr. L. 138. §. 1. de V. O. (45. 1.) Thomasius §. 53. 54.

[1.] L. 185. de R. J. (50. 17.) [2.] L. 2. §. 1. L. 3. de peric. et comm. rei vend. (18. 6.).

[1.] L. 45. 49. 52. de solut. W. A. Lauterbach D. de solution. Tub. 1659. B. Brissonius de solut. et liberat. Frkf. 1587. auch in dessen op. min. Lugd. Batav. 1747. cum not. Trekellii. Freyer de solut. 1660. 4. J. G. A. Weidner von der Zahlung und Angabe an Zahluugsstatt. Jen. 1799. 8.

§. 70.

A.) dafs sie dem Gläubiger geschehe.

Zur Zahlung gehört 1.) dafs dieselbe dem Gläubiger, oder, Falls derselbe unfähig ist, sich von Rechtsverhältnissen zu befreyen, dessen Vorstehern geschehe [1.]. Ist Jemand bey Errichtung eines Geschäfts als solcher mit genannt, dem Zahlung geleistet werden könne (adiectus), oder hat der Gläubiger einen andern zur Einhebung der Schuld bevollmächtigt: so kann diesem gleichfalls gezahlt werden [2.], und dem adiecto sogar wider Willen des Gläubigers [3.], doch mufs derselbe dem letzten das Empfangene herausgeben [4.]. Ist die Einhebungsvollmacht des Mandatars widerrufen, so wird der zahlende Schuldner frey, wenn ihm der Widerruf unbekannt war [5.], nicht aber wenn jener sich mehr, oder etwas anderes zahlen läfst, als worauf seine Vollmacht lautet [6.]. Als Bevollmächtigter ist auch der anzusehen, dem eine Forderung verpfändet ist [7.].

§. 71.

Fortsetzung.

Ist die Zahlung auf andre Weise einem Dritten geschehen, so wird der Schuldner nicht befreyet, ausgenommen wenn es der Gläubiger genehmigt [1.], oder die Zahlung ihm nützlich wird [2.]. Deshalb wird er denn auch frey, wenn er dem Gläubiger seines Gläubigers mit Nutzen zahlt [3.]. Ein unumstöfslicher Machtspruch des Regenten, Kraft dessen an einen Dritten gezahlt ist, hebt natürlich auch die Verbindlichkeit des Schuldners auf [4.]

[1.] L. 11. de R. J. (50. 17.) §. 2. J. quib. al. lic. vel non (2. 8.) S. überh. G. A. Caroc de solut. tertio fact. Tub. 1704. [2.] L. 11. de pact. (2. 14.) L. 180. de R. J. (50. 17.) L. 10. L. 12. §. 1. de solut. (46. 3.) [3] L. 71. pr. L. 106. eod. [4.] L. 131. §. 1. de V. O. (45. 1.) L. 10. h. t. (46. 3.) [5.] L. 12. §. 2. L. 38. §. 1. de solut. (46. 3.). [6.] L. 12. pr. L. 63. eod. L. 10. C. de procurat. (2. 13.) Müller ad Leyser Obs. 877. [7.] L. 18. pr. de pignor. act. (13. 7.) L. 4. C. quae res pignor. obligar. (8. 17.).

[1.] L. 13. L. 58. de solut. (46. 3). [2.] L. 15. 16. 61. eod. [3.) L. 6. de dol. mal. et met. exc. Leyser Sp. 528. m. 3. vergl. mit Müller Obs. 878. [4.] Weidner a. a. O. §. 20.

§. 72.

B.) Zahlungsfähigkeit.

Nach der Strenge kann 2) nur der bezahlen, dem die Schuld obliegt, und dessen Bevollmächtigter, oder, Falls der Schuldner nicht frey über sein Vermögen disponiren darf, der Vorgesetzte desselben [1.]. Indefs ist es erlaubt, dafs jeder Dritte, selbst wider Willen des Schuldners, für denselben zahlen kann; doch wird durch das Verbot des Schuldners dem Dritten jeder Anspruch auf Entschädigung abgeschnitten, wenn er sich nicht die Klagen des Gläubigers abtreten läfst, und in allen Fällen der befreyte Schuldner nicht beweifst, dafs er durch die Zahlung wirklich in seinem Interesse verletzt sey [2.].

§. 73.

C.) Absicht zu zahlen.

Was ferner 3.) als Zahlung gelten soll, mufs in der Absicht, die Schuld zu tilgen gegeben seyn. Ist diefs nicht der Fall, so erhält der Gläubiger nur die Rechte darauf, welche der Schuldner ihm übertragen wollte [1.].

§. 74.

D.) Leistung des bestimmten Objects.

Die Natur einer Verbindlichkeit erfordert 4.) dafs grade derjenige Gegenstand, worauf derselbe gerichtet ist, geleistet werde. Der Gläubiger kann daher, es sey vom Geben oder Thun die Rede, auf Uebergabe der Sache, und Leistung des Facti dringen, und der Schuldner darauf verurtheilt werden [1.], obgleich der Gläubiger von dem ungehorsamen Schuldner auch das Interesse fordern kann [2.].

[1] §. 2. J. quib. alien. lic. vel non. (2. 8.). J. N. Hert de solut. pro al. facta. Giess. 1701. (opusc. V. II. T. 3.) G. A. Caroc de solut. tert. facta. Gryph. 1705. [2.] L. ult. de negot. gest. (3. 5.) L. 40. mandat. (17. 1.) L. ult. C. de negot. gest. (2. 19.). Pufendorf T. 1. Obs. 130.

[1.] L. 19. pr. de R. C. (12. 1.) L. 55. de solut. (46. 1.).

[1.] §. 2. I. de donat. (2. 7.) §. 3. I. de emt. (3. 24.). L. 28. de donat. (39. 5.) L. 13. 14. ad SCt. Trebell. (2. 23.) L. 17. §. 2. L. 44. de manum. test. (40. 4.). Durch diese Unterscheidungen zwischen Klage, Urtheil und Execution werden widerlegt Fachineus contr. L. 2. c. 30. Thomasius D. an promissor. facti liberetur praestando id quod interest. Hal. 1721. Mascov de constit. possessor. §. 14. Vergl. noch über die Litteratur dieser Contorverse Glück. Comm. §. 480. [2.] L. 13. §. 1. de re iudic. (42. 1.) L. 1. de act. E. V.

Jedoch finden im ersten Fall keine weiteren, als die gewöhnlichen gerichtlichen Zwangsmittel gegen den Schuldner Statt [3.].

§. 75.

also in der Regel nicht datio in solutum.

Nur in dem Fall, wenn der Schuldner eine Geldsumme zu bezahlen hat, der Gläubiger ihn drängt, und jener auf keine Art Geld zu erhalten weifs, ist es dem Schuldner erlaubt, dem Gläubiger, unter Bestellung gehöriger Sicherheit wegen der Eviction, seine besten Sachen anzubieten, und nach einer gerichtlichen Schätzung zu überlassen [1.]. Man nennt diefs die Wohlthat der Angabe an Zahlungstatt (datio in solutum) [2.].

§. 76.

E.) Nicht theilweise.

Ist ein Schuldner in der Lage, dafs ihm eine ganze Verbindlichkeit allein obliegt, so mufs er 5.) dieselbe auf Einmal erfüllen, und darf dem Gläubiger keine theilweise Zahlung aufdringen [1.]. Nur dann mufs sich der Gläubiger diefs gefallen lassen, wenn entweder der einbehaltene Theil der Schuld noch streitig [2.], oder der Schuldner unverschuldet in Vermögensverfall gerathen ist, und dadurch, dafs er alles auf einmal bezahlen müfste, gänzlich zu Grunde gerichtet werden würde [3.].

(19. 1.) L. 4. C. eod. (4. 49.) L. 17. C. de fide instr. (4. 21.) [3.] L. 68. de R. V. (6. 1.) L. 15 de re iud. (42. 1.) L. 3. ne vis fiat ei (43. 4.) L. 34. 35. §. 3. de procurat. (3. 3.) L. 50 de liberal. causs. (40. 12.) L. 2. 7. C. de exec. rei iudic (7. 53.).

[1.] Nov. 4. cap. ult. J. R. A. §. 172. [2.] S. Stryk de benef. dat. in solutum. Frkf. 1616. H. Schönfeld de dat. in solut. Alt. 1693. G. Wernher D. de benef. dat. in sol. Helmst. 1660.

[1.] L. 13. §. 8. de act. emt. (19. 1.) L. 9. C. de solut. (8. 43.). P. Schulz de solut. particular. Frkf. 1682. P. Müller de solut. minor. summ. in deduct. maior. Ien. 1711. [2.] L. 21. de R. C. (12. 1.). [3.] Die Praxis dehnt wenigstens den J. R. A. §. 174. dahin aus.

§. 77.

F.) Am gehörigen Ort.

Der Schuldner ist 6.) verpflichtet, am gehörigen Orte zu zahlen [1.]. Man unterscheide hierüber I.) die Leistung besteht in Herausgabe einer unbeweglichen Sache: dann versteht es sich, dafs der Ort, wo sie gelegen ist, nur der einzige seyn kann. II.) Ist von einer andern Leistung die Rede, so kann der Gläubiger entweder 1.) den Verpflichteten durch eine, eine bewegliche Sache verfolgende dingliche Klage belangen: in diesem Fall mufs die Sache, nach Gefallen des Klägers an dem Ort, wo sie liegt, oder wo geklagt wird, ausgeliefert werden, jedoch so, dafs der Transport der Sache, wenn der Beklagte in gutem Glauben ist, auf Kosten des Klägers geschieht [2.]. Ist 2.) die Verpflichtung von anderer Art, so ist A.) im Fall über den Zahlungsort besondere Bestimmungen da sind, diesen nachzugehen, und zwar, wird, wenn mehrere Orte verbunden genannt sind, die Verbindlichkeit getheilt; sind sie alternativ angegeben, so hat bis zur Klage der Schuldner, von da an aber der Gläubiger die Wahl [3.]. Wider Willen des Gläubigers kann der Schuldner an keinem, als dem bestimmten Orte zahlen [4.], doch leidet diefs eine Ausnahme, wenn dieser Ort nicht zugänglich ist [5.], und allenfalls auch, wenn der Gläubiger durch, die dem Schuldner vortheilhafte Veränderung durchaus keinen Schaden leidet [6.]. Der Gläubiger dagegen kann, wenn er ein Interesse dabey hat, und die Zahlung, es sey durch, oder ohne Nachlässigkeit, am gehörigen Orte nicht erfolgt ist, verlangen, dafs ihm der Schuldner an einem andern, als dem bestimmten Ort zahle [7.], nur mufs er denselben entschädigen, wenn ihm diefs nachtheilig ist, selbst wenn er sich säumig hat finden lassen [8.]; doch kann der Schuldner, wenn es ihn sehr interessirt, an dem bestimmten Orte zu zahlen, und zwar, wenn er bisher säumig war, gegen Caution, dafs er hier zahlen wolle, von den For-

[1.] J. S. Stryk de loco solutionis. Hal. 1705. [2.] L. 10. de R. V. (6. 1.) [3.] L. 2. §. 2. 3. 4. de eo quod certo loco (13. 4.) [4.] L. 9. eod. [5.] Lauterbach D. de solut. §. 34. [6.] Stryk l. c. cap. 2. §. 21. [7.] L. 1. 2. §. 4. eod. §. 33. J. de act. (4. 6.). L. un. C. eod. (3. 15.) [8.] L. 2. §. ult. L. 4. §. 1. eod. §. 33. J. cit. Lauterbach coll. L. 13. Tit. 4. §. 9.

derungen des Gläubigers sich befreyen [9.]. Wenn aber B.) nichts ausgemacht ist, so läfst sich, bey dem Abgang besondrer Gesetze, keine mehr natürliche Regel aufstellen, als die: die Rückgabe einer Sache mufs da geschehen, wo sie empfangen ist, jede andre Leistung im Zweifel da, wo der Schuldner sich aufhält [10.]. Kommt es zur Klage, so kann freylich eine Species da gefordert werden, wo sie ist, eine Gattung da, wo geklagt wird [11.]

§. 78.

Fortsetzung. Condictio de eo quod certo loco.

In bonae fidei Geschäften kann, wenn der Schuldner nicht am bestimmten Orte zahlt, durch die Contractsklage in dem ordentlichen Gericht des Schuldners die Leistung an einem andern Orte verlangt werden [1.]. War bey den Römern das Geschäft stricti iuris, so mufste der Gläubiger nach der Strenge an dem bestimmten Zahlungsorte klagen, und es abwarten, dafs der Schuldner sich hier treffen liefs [2.]. Der Billigkeit wegen gestattete indefs der Prätor, dafs man auch aus solchen Geschäften den Schuldner überall d. h. in seinem ordentlichen Gerichte [3.], belangen, und auf Zahlung an einem andern Orte, nach den obigen Bestimmungen dringen konnte; nur mufste der eigentliche Zahlungsort in der Klagformel nebenbey angegeben werden. Dieser Beysatz zu der Hauptklage ist das, was man condictio de eo quod certo loco nennt [4.].

§. 79.

G.) Leistung der gehörigen Qualität.

Zur vollständigen Erfüllung einer Verbindlichkeit gehört ferner 7.) dafs das Object derselben in der gehörigen Qualität geleistet wer-

[9.] L. 4. §. 1. eod. [10.] Ueber die mancherley Meynungen s. Leyser Sp. 528. m. 10. Huber L. 46. T. 3. §. 7. Voet eod. Tit. §. 12. Struben 3. B. 42. Bed. Hommel Rhaps. Obs. 140. Müller ad Leyser Obs. 880. [11.] L. 38. de iudic. (5. 1.).

[1.] L. 7. de eo quod certo loc. (13. 4.) [2.] L. 1. eod. [3.] L. 16. §. 1. de const. pecun. (13. 5.) L. 43. de iudic. (5. 1.) vergl. mit L. 19. §. ult. eod. Thomasius ad Huber L. 13. T. 4. §. 1. [4.] §. 33. J. de act. (4. 6.) Tit. P. de eo quod cert. loc. (13. 4.) Tit. C. eod. (3. 18.). J. Strauch de condict. de eo quod certo loco. Ien. 1674.

de [1.]. Worin diese bestehe mufs in einzelnen Fällen durch Beurtheilung ausgemittelt werden, und läfst sich nicht durch Regeln bestimmen. Nur in Ansehung der Bezahlung einer Geldschuld bedarf es einiger Erörterungen [2.], so wie in Betreff der Frage: wie nach Verschiedenheit der Orte die Qualität und Quantität zu bestimmen ist?

§. 80.

Ueber Münzsorten insbesondere.

Man mufs bey jeder Münze die Art (Sorte), und den Gehalt oder Werth derselben unterscheiden, und in Ansehung des Werths den inneren von dem äufsern. Jener liegt theils in der Schwere (Schrodt), theils in der Art des Metalls (Korn); dieser hingegen hängt ab theils von der Summe, welche man in andern Münzsorten für sie bezahlt (Cours), theils von der Menge der Sachen, welche man für sie erhalten kann (der von manchen sogenannte aufserordentliche Courspreis).

§. 81.

Fortsetzung.

Was das Gesetz als wirklich angenommen wissen will, mufs der Unterthan als wirklich betrachten, gesetzt es sollte auch nicht wirklich seyn. Wenn also durch Gesetze eine Münze für ganz ungültig erklärt (widerrufen) wird, so darf ein Unterthan seinem Mitunterthanen keine Zahlung damit leisten [1.]. Aus gleichen Gründen müssen Unterthanen unter sich den gesetzlich erhöheten, oder verringerten, oder (wie bey Assignaten) geschaffenen Werth gelten lassen, und keiner darf einseitig dem andern den wahren Werth in Rechnung bringen.

[1.] L. 72. §. 5. de solut. (46. 3.). [2.] S. überh. J. S. Boehmer de solut. pecuniar. mutata monetae bonit. Frankf. ad V. 1742. G. S. Madihn D. sistens causs. debitoris circa pecun. solut. mutato post. contr. numm. valore. Hal. 1762. Seger de mutat. monet. valor. (in opusc.). Bynkershoek Obs. L. 1 c. 9. J. L. Schmidt Abh. v. d. Münzsorten. 2. Aufl. Jen. 1782. 4. und dazu: dessen rechtl. Entsch. zur Erläut. d. Abh. v. den Münzsorten. Jen. 1769. 4. J. G. Dieze Vers. einer Beantw. d. Frage: wie eine Geldschuld abzutragen etc. Frankf. 1791.

[1.] L. 24. §. 1. de pignor. act. (13. 7.).

§. 82.

Fortsetzung. In Betreff der Art, wie eine Geldschuld zu zahlen ist, muſs man, bey dem Abgange allgemeiner gesetzlicher Vorschriften, nach der Natur der Sache folgende Regeln annehmen: 1.) liegt es bloſs in der Verbindlichkeit, daſs eine gewisse Summe bezahlt werde, so kann der Schuldner in beliegen Sorten, nach dem usuellen, oder gesetzlichen Cours derselben, Zahlung leisten, nur dürfen die Sorten nicht widerrufen seyn. 2.) Ist bestimmt, daſs in gewissen Sorten nach Stückzahl die Schuld abgetragen werde, so bleibt es dabey, und der veränderte Werth kommt, das Absetzen abgerechnet, nicht in Betracht, doch kann in andern Sorten gezahlt werden, wenn die schuldigen gar nicht, oder, wenigstens bey Legaten, nicht ohne groſse Kosten zu erhalten sind [1.] 3.) Ist beydes, sowohl die Summe, als die Sorte bestimmt, so müssen so viel Stücke der Sorte gegeben werden, bis die Summe voll ist. Bey Wiederbezahlung einer Summe in bestimmten Sorten kann dann der Fall eintreten, daſs an Stückzahl mehr (agio), oder weniger, als der Schuldner empfing, zurückgegeben werden muſs [2.]. 4.) Muſs der Schuldner, wie dieſs beym Darlehn der Fall ist [3.], das Empfangene bloſs nach dem innern Werth zurückgeben, den es zur Zeit des Empfangs hatte, so darf er in beliebigen Sorten zahlen, sofern die hieraus entstehenden Beschwerden dem Gläubiger keinen Nachtheil bringen [4.], wohin die Vorschrift gehört, daſs der, welcher ein Capital zu zahlen hat, nicht mehr als 25 Gulden kleine Sorten zur Zahlung bringen solle [5.]. Dagegen aber müssen die Sorten nach ihrem innern Werth gegeben und angenommen werden. Ist dieser verringert (z. B. durch Abnutzen), so müssen mehr Stücke gezahlt werden, ist er vermehrt, so braucht der Schuldner nicht so viele zu geben. Zu der Verringerung und Erhöhung gehört auch hier unter Unterthanen, nach dem obigen, jede gesetzliche Minderung und Mehrung des Werths, doch ist die häufig inconsequente Billigkeitsliebe der Praxis nicht hiemit einverstanden [6.].

[1.] L. 14. §. 2. L. 71. §. 3. de leg. III. (32.). [2.] J. G. Estor de permisso et vetit. collybo, quem Agio vocant. Marb. 1785. [3.] L. 3. de R. C. (12. 1.). [4.] L. 99. de solut. (46. 3.). [5.] R. A. v. 1576. §. 76. [6.] Hofacker princ. iur. R. G. T. 3. §. 1871.

§. 83.

Ortsverschiedenheiten im Maafs.

Was den Werth und die Quantität nach Verschiedenheit der Orte betrifft, so ist entweder etwas darüber ausgemacht, oder nicht. In jenem Fall bleibt es dabey; im letzten Fall hingegen mufs bey Bestimmung des, vom Schuldner zu leistenden Werthes, und des Maafses, auf den Ort gesehen werden, wo die Zahlung zu leisten ist; doch kann, wenn nichts namentlich über den Zahlungsort ausgemacht ist, und wenn es zur Klage kommt, der Gläubiger auch den Werth fordern, welchen die Sache am Ort der erhobenen Klage hat [1.].

§. 84.

H.) Leistung zur gehörigen Zeit. Ueber den Verzug.

Jede Verbindlichkeit mufs 8.) zur gehörigen Zeit erfüllt werden, obgleich nach billigem Ermessen, mit Rücksicht auf die Umstände, der Termin wohl durch den Richter etwas erweitert werden kann [1.]. Wird die Verbindlichkeit nicht zur gehörigen Zeit erfüllt, so heifst diefs Verzug [2.]. Ein solcher Verzug kann Statt finden theils von Seiten des Schuldners (mora solvendi), welcher nicht zur gehörigen Zeit zahlt, theils von Seiten des Gläubigers (mora accipiendi), welcher die Sache nicht zur gehörigen Zeit in Empfang nehmen will.

§. 85.

Dessen Wirkungen.

Die Wirkungen des Verzugs sind theils gemeinschaftliche, theils einer Art desselben eigenthümliche. I.) Allgemeine Wirkungen sind 1.) dafs der Säumige die Gefahr der Sache trägt [1.], doch

[1.] L. 22. de R. C. (12. 1.) L. ult. de cond. tritic. (13. 3.). L. 3. §. 3. 4. de act. E. V. (19. 1.). L. 3. de reb. auct. iudic. (42. 5.) L. 21. de O. et A. (44. 7.). Voet Comm. L. 13. T. 3. §. 4. L. 46. T. 3. §. 8.

[1.] L. 137. §. 2. de V. O. (45. 1.) [2.] C. F. G. Meister D. morae notion. iuridicam sistens (opusc. T. 1.) C. G. Wehrn doctr. iur. explicatr. princ. et causs. damni etc. Lips. 1795. p. 292-346.

[1.] L. 58. §. 1. de fideiiussor. (46. 1.) L. 19. C. de usuris (4. 32.). Pufendorf T. 3. Obs. 160. Diefs heifst, wenn vom Schuldner die Rede ist, obligatio perpetuatur.

ist der säumige Schuldner, den Dieb und gewaltsamen Besitzer ausgenommen [2.], alsdann vom Schadensersatz frey, wenn die Sache ungeachtet der Ablieferuug auch bey dem Gläubiger den Zufall würde erlitten haben [3.]; 2.) durch den Verzug wird alles, auf den Fall desselben versprochene, verwirkt [4.]. II.) Der Verzug des Schuldners hat zur Folge 1.) die Verpflichtung Zinsen, Früchte und das Interesse zu zahlen [5.]; 2.) der Gläubiger kann die ihm obliegende Gegenverpflichtung so lange unerfüllt lassen, bis der Schuldner das Seinige geleistet hat [6.]; 3.) der Säumige ist wegen des geringsten Versehens verantwortlich [7.]; 4.) der Gläubiger erhält daraus bey alternativen Verbindlichkeiten das, dem Schuldner sonst zugestandene Recht der Wahl [8.], und kann 5.) von einem Vertrage ganz abgehen, wenn ihm derselbe durch den Verzug unnütz geworden ist [9.]; 6.) der Werth der Sache, welchen der säumige Schuldner auf Verlangen dem Gläubiger leisten mufs, wird durch den Verzug erhöhet [10.] d. h. wenn a.) die Sache zu Grunde gegangen ist, so mufs der höchste Werth gegeben werden, den dieselbe vom Anfang des Verzugs bis zu ihrem Untergange [11.], sonst aber 6.) je nachdem das Geschäft bonae fidei oder stricti iuris war, der höchste Werth, den sie vom Anfange des Verzugs bis zum Endurtheil, oder bis zur Einlassung hatte [12.]; jedoch wird im Fall eines bestimmten Zahlungs-Tages auf den, an diesem Statt findenden Werth gesehen [13.]. II.) Der Verzug des

[2.] L. 8. §. 1. L. ult. de cond. furtiv. (13. 1.) L. 9. C. de furt. (4. 8.). Wehrn l. c. p. 318. not. 21. [3.] L. 14. §. 1. deposit. (16. 1.) L. 45. de O. et A. (44. 7.). [4.] L. 40. de R. C. (12. 1.). [5.] L. 31. pr. L. 38. §. 1. 14. de usur. (22. 1.). [6.] L. 13. §. 8. L. 25. de act. E. V. (19. 1.) L. 21. C. de pact. (2. 3.) cap. 3. 23. X. de sponsal. (4. 1.). [7.] L. 17. pr. de peric et comm. r. v. (18. 6.) L. 14. §. 11. de furt. (47. 2.). [8.] L. 95. §. 1. de solut. (46. 3.). [9.] L. 6. C. de pact. int. emt. et vend. (4. 54.) [10.] L. 21. §. 3. de act. E. V. (19. 1.) Vergl. überh. Huber prael. ad P. L. 13. T. 3. §. 5-10. und über die mannigfaltigen abweichenden Ideen andrer in Betreff dieses Punkts Voet eod. Tit. §. 8. Leyser Sp. 150. m. 3. Wehrn l. c. §. 70-73. Winkler Diss. de lit. cont. Sect. 2. §. 7. Sect. 3. §. 7. Pufendorf T. 2. Obs. 41. §. 14. Glücks Comm. 4. Thl. S. 418. not. 64. Medit. über versch. R. M. 5. B. n. 70. [11.] L. 3. de cond. tritic. (13. 3.). [12.] L. penult. et ult. eod. L. 8. §. 1. de cond. furt. (13. 1.) L. 3. §. 3. de act. E. V. (19. 1.). [13] L. 22. de R. C. (12. 1.) L. 4. de cond. tritic. (13. 3.)

Gläubigers bewirkt, 1.) dafs der Schuldner von allen, unter n. II. gedachten Strafen des Verzugs befreyt bleibt [14], und 2.) dafs der Gläubiger, welcher den Werth einer Sache zu fordern berechtigt ist, nur den geringsten Werth verlangen kann [15.].

§. 86.

Abwendung derselben

Die Wirkungen des Verzugs werden abgewandt (mora purgatur), wenn der Säumige, seine Verbindlichkeit erfüllt, bevor dieselbe förmlich der Gegenstand eines Rechtsstreits geworden ist [1.], oder die Verbindlichkeit sonst getilgt wird [2.]. Sind Gläubiger und Schuldner säumig, so hebt sich der gleichzeitige Verzug gegenseitig, und der spätere den früheren auf [3.].

§. 87.

Zeitpunkt des Anfangs des Verzugs.

Die vorerwähnten Wirkungen des Verzugs treten in der Regel nicht eher ein, als bis der Verpflichtete zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit aufgefordert ist (mora ex persona) [1.], jedoch kann auch durch Verträge oder Gesetze ein bestimmter Tag zur Leistung festgesetzt seyn, in welchem Fall der Verzug (mora ex re, in re, in rem) von selbst ohne Aufforderung mit seinen Folgen eintritt [2.]. Damit den Schuldner durch Aufforderung die Wirkung des Verzugs treffe, ist ein, blofs aufsergerichtliches Mahnen hinreichend [3.]; damit hingegen diese Folgen von dem Schuldner abgewandt werden, und die Strafen des Verzugs des Gläubigers den letzten treffen, mufs der Schuld-

[14.] L. 122. §. 2. de V. O. (45. 1.) L. 72. de solut. (46. 3.) L. 23. §. ult. L. 24. L. 43. de recept. (4. 8.). [15.] L. 3. §. ult. de act. E. V. (19. 1.) Wehrn l. c. §. 48.

[1.] L. 73. §. ult. L. 84. de V. O. (45. 1.) Wehrn l. c. p. 325. Willkührliche Einschränkungen macht Wernher lectiss. comment. L. 18. T. 3. §. 6. [2.]. L. 8. pr. de novat. (46. 4.) Glücks Comm. 4. B. §. 330. a. f. [3.] L. 26. L. 39. solut. matr. (24. 3.) L. 51. de act. E. V. (19. 1.) L. 17. de peric. et comm. r. v. Wehrn l. c. p. 330-32. Irrige Ideen hat Hellfeld iurispr for. §. 331.

[1.] L. 32. de usur. (22. 1.). [2.] L. 26. §. 1. de fideicomm. libert. (40. 5.) L. ult. C. de cond. ob turp. causs. (4. 7.). L. 12. C. de contr. vel comm. stip. (8. 38.). Die einzelnen Fälle der mora ex lege sind beyläufig anzuführen. Vergl. Wehrn l. c. §. 47. [3.] Denn sie ist keine Selbsthülfe

ner dem Gläubiger die Leistung dessen anbieten, was ihm zu leisten obliegt. Doch kann die reelle Oblation offenbar nur dann vom Schuldner verlangt werden, wenn er vermöge der Natur seiner Verbindlichkeit die Sache zu dem Gläubiger hintragen muſs. Die Versieglung und gerichtliche Niederlegung ist eben so wenig dazu, daſs der Gläubiger in mora versetzt werde, erforderlich [4.], und es ist eben so falsch, wenn man dieſs verlangt, als wenn man behauptet, das Anbieten hemme den Lauf, der nicht aus dem Verzuge entstandenen Verbindlichkeiten, oder wenn man leugnet, daſs der Lauf der durch Verzug entstandenen Verbindlichkeiten dadurch nicht sistirt werde [5.].

§. 88.

I. Vollständige Erfüllung.

Eine Verbindlichkeit muſs endlich 9.) ganz erfüllt werden. Die theilweise, selbst beynah vollständige Erfüllung einer Verbindlichkeit wird in ihren Folgen juristisch der gänzlichen Nichterfüllung gleichgesetzt [1.]. Hat indeſs der Richter die Erfüllung einer Verbindlichkeit unter Androhung einer Strafe befohlen, so fällt die letzte weg, wenn der gröſste Theil der Verbindlichkeit erfüllt ist [2.]; auch gibt es gewisse Fälle, da dem Schuldner soviel, als zu seiner Ernährung nöthig ist, gelassen werden muſs. Von dem, welchem dieses Vorrecht zusteht, sagt man, er habe die Wohlthat der Competenz [3.].

§. 89.

Ausnahme bey dem b. competentiae.

Auf Gestattung der Competenz kann entweder der Schuldner selbst dringen (b. c. ex proprio iure), oder ein Dritter (b. c. ex persona tertii). Für den letzten Fall muſs man

Wehrn l. c. p. 304. not. 20. [4.] L. 72. de solutt. (46. 3.) L. 23. §. ult. L. 24. L. 43. de recept. (4. 8.) Voet L. 46. T. 3. n. 28. 19. Wehrn p. 298. fgg. [5.] L. 9. L. 19. C. de usur. (4. 32.) vergl. mit. L. ult. C. de usur. pupillar. (5. 56.) L. 28. §. 1. de administr. tutor. — Dieser Mittelweg ist zwischen Hellfeld D. de oblatione debiti usurar. init. non vero ear. curs. impediente. Ien. 1778. und Wehrn l. c. p. 301. 344. 45. in notis zu wählen.

[1.] L. 47. de act. E. V. (18. 1.) L. 5. §. 4. L. 85. §. 6. de V. O. (45. 1.). [2.] Cap. 9. X. de poen. (5. 37.). [3.] Vergl. überh. Wernher Obs. P. 7. Obs. 85. Hellfeld de benefic. comp. ex proprio aeque ac tert. iure competent. (in opusc. n. 25.).

die Regel annehmen: jeder, welcher dem Schuldner etwas gegeben hat, damit er sich davon unterhalte, kann, wenn er ein Interesse dabey hat, verlangen, daſs der Gläubiger demselben den nöthigen Unterhalt lasse [1.]. Für den ersten hingegen gilt natürlich der Grundsatz: Niemand steht die Competenz zu, welcher nicht besondere gesetzliche Privilegien darüber hat, oder beweisen kann, daſs der Kläger ihm ohnehin die Alimente geben müſste. Zu diesen privilegirten Personen gehören: 1.) alle, welche vormals ihr gesammtes Vermögen ihren Creditoren abgetreten haben [2.]; 2.) Eltern und Kinder gegenseitig [3.]; 3.) Geschwister [4.], und die denselben gleichgesetzten, in einer allgemeinen Gütergemeinschaft stehenden Gesellschafter, nicht die besonderen [5.]; 4.) Ehegatten [6.], so wie 5.) der Patron und Freygelassene [7.]; ferner 6.) der Schenker, welcher aus der Schenkung belangt wird [8.]; 7.) der Schwiegervater, insofern der Schwiegersohn in stehender Ehe gegen ihn klagt [9.]; 8.) wahre, im Dienst des Staats befindliche Soldaten [10.], und überhaupt der Haussohn, welcher auf sein militairisches Sondergut [11.]; 9.) der, aus der väterlichen Gewalt entlassene Sohn, welcher wegen der, unter der Gewalt von ihm contrahirten Schulden belangt wird [12.], und zwar nicht lange nach aufgehobener väterlicher Gewalt [13.], insofern er nämlich nichts, oder nur einen kleinen Theil, d. h. einen, der Gröſse der Schuld nicht angemessenen Theil, von der väterlichen Erbschaft erhalten hat [14.]; endlich 10.) wenn nach getrennter Ehe die Brautgabe zurückgefordert wird, der deshalb belangte gewesene Mann, dessen Vater und Kinder [15.].

[1.] Vergl. Hellfeld l. c. §. 15. fgg. mit Dabelow v. Concurs. 2. Aufl. S. 508. 515. [2.] L. 4. 6. 7. de cess. bonor. (42. 3.). [3.] L. 16. de re iudicata (42. 1.). [4.] L. 63. pr. pro socio (17. 2.]. Meine Theor. d. log. Ausl. §. 23. [5.] Denn darüber widersprechen sich L. 63. pr. cit. und L. 16. citat. — Mancherley Vereinigungsversuche findet man freylich bey Cocceii L. 17. T. 2. qu. 13. Voet eod. Tit. §. 20. Boehmerius D. ibid. §. 24. Dabelow S. 161. 162. [6.] L. 20. de re iudic. (42. 1.). [7.] L. 17. eod. [8.] L. 19. §. 1. eod. [9.] L. 21. 22. eod. [10.] L. 18. eod. Stryk U. M. P. L. 42. T. 5. §. ult. Dabelow S. 506. 507. a. M. i. Hellfeld l. c. §. 12. [11.] L. 7. de castr. pecul. (49. 17.) L. 4. C. de exc. rei indic. (7. 53.). [12.] L. 2. pr. §. 1. L. 4. pr. quod cum eo (14. 5.). [13.] L. 4. §. 4. eod. Voet eod. Tit. §. 4. [14.] L. 2. pr. eod. Schilter Ex. 27. §. 57. [15.] L. 12. L. 13. L. 15. §. ult. L. 16. L. 18. pr. L. 28. sol. matr. (24. 3.).

§. 90.

Fortsetzung.

Die Wohlthat der Competenz fällt aber wieder in den genannten Fällen weg, 1.) wenn Jemand derselben entsagt, welches jedoch dem Ehemann verboten ist [1.]; 2.) wenn er wegen einer Arglist belangt wird, und diese gegen ihn angeführt werden kann [2.]; 3.) wenn er schon gezahlt hat; denn sie kann in der Regel nur durch Einreden geltend gemacht werden [3.]. Uebrigens hat nur der Schenker das Vorrecht, daſs er, wenn er sich auf die Competenz beruft, vorher alle seine, aus andern Gründen entsprungenen Schulden abrechnen darf [4.].

§. 91.

K.) Ueber Zahlung im Fall mehrerer Schulden.

Zahlt Jemand, welcher mehrere Posten schuldig ist, so entsteht die Frage: auf welchen die Zahlung abzurechnen ist? [1.]. Man unterscheide I.) der Schuldner (und was diesem gleich ist: ein Stellvertreter desselben, z. B. der Vormund, oder ein Concursgericht) bezahlt den Gläubiger. Alsdann hat entweder 1.) der Zahlende erklärt, worauf er bezahlt haben wolle: so bleibt es dabey [2.], 2.) oder nicht. Im letzten Fall kann der Empfänger, wenn er sich a.) sofort erklärt, das Empfangene bey gleichen Umständen abrechnen, auf welche Forderung er will; ist aber die eine dem Schuldner lästiger als die andre, so muſs er jene zuerst tilgen [3.]. Erklärt er sich aber b.) nicht sofort beym Empfange, so hat er keine weitere Wahl, und muſs die Abrechnung machen,

[1.] L. 14. §. 1. sol. matrim. Hellfeld §. 8. vergl. mit Dabelow S. 164. [2.] L. 22. §. 1. de re iudic. (42. 1.). [3.] L. 17. §. 1. sol. matr. (24. 3.) L. 7. pr. de except. (44. 1.). Ein anderes ist der Fall, wenn er eine cessio bonorum vorgenommen hat. L. 3. 5. de cess. bonor. (42. 3.). Hellfeld §. 27. Dabelow S. 168. 169. [4.] L. 19. §. 1. de re iudic. (42. 1.).

[1.] Vergl. überh. H. Hildebrand de imputat. solut. ex plur. nominibus. Alt. 1728. Averan int. L. 5. c. 52. Wiesand opusc. Sp. VII. n. 1. Pufendorf T. 2. Obs. 176. Hommel rhaps. Obs. 539. Müller ad Leyser Obs. 879. Hagemann u. Bülow pract. Rechtserört. 1. B. n. 71. I. H. A. Mittag de solut. quae fit ab eo qui ex plur. causs. debit. alter. exist. Rost. 1795. [2.] L. 1. de solut. (46. 1.) [3.] L. 1. L. 3. L. 13. §. 1. L. 89. eod.

zuerst auf die Zinsen, dann auf fällige Capitale, nachdem vorzugsweise auf das, was der Schuldner für sich selbst zu zahlen hat, nächstdem auf die ältere Schuld, und endlich auf die, welche den Schuldner am mehrsten belastet [4.]. Ist alles gleich, so erlischt von jeder Forderung ein verhältnifsmäfsiger Theil [5.]. II.) Macht sich der Gläubiger (z. B. durch Veräufserung des Pfandes) selbst bezahlt: so kann er sich nach Belieben die Forderung bezahlen, welche er will [6.].

§. 92.

Beweis der Zahlung.

Die Zahlung wird übrigens nicht vermuthet, sondern mufs bewiesen werden. Diefs kann geschehen durch Quitungen, oder auf andre Art [1.]; doch beweisen die letzten, wenn sie nicht öffentliche sind, erst nach 30 Tagen [2]. Bey jährlichen Abgaben an den Staat entspringt aus den ununterbrochenen Quitungen über die, 3 Jahre geschehene Zahlung eine einstweilen voll beweisende rechtliche Vermuthung, dafs alles vorhergehende entrichtet sey [3.]. Man pflegt diefs auf alle Quitungen, und sogar nach einem verjüngten Maafsstabe auf monathliche, vierteljährige Gefälle u. s. w. auszudehnen [4.].

§. 93.

Deposition der Schuld.

Der Schuldner ist berechtigt, zu verlangen, dafs der Gläubiger die ihm, nach den bisher entwickelten Grundsätzen gehörig angebotene Zahlung annehme. Weigert er sich dessen, so kann der Schuldner durch gerichtliche Niederlegung der Sache, nach vorgängiger Versiegelung derselben, wenn sie dazu geartet ist, sich gänzlich von seiner Verbindlichkeit befreyen, und wenn die Sache unbeweglich ist, durch blofses Verlassen derselben [1.]. Die Deposition mufs bey dem com-

[4.] L. 1. L. 3. §. 1. L. 4. L. 5. pr. L. 7. L. 13. §. 1. eod. L. 1. C. eod. (8. 43.). [5.] L. 8. D. eod. [6.] L. 101. §. 1. eod.

[1.] Vergl. hier Hofacker T. 3. §. 4115. [2.] L. 14. §. 2. C. de non num. pec. (4. 30.). [3.] L. 3. C. de apoch. public. (10. 32.). [4.] Mascard de prob. concl. 1327. Menoch de praes. L. 3. pr. 139. Faber in C. L. 8. T. 30. D. 32. Carpzov P. 2. C. 1. D. 7. 8. Leyser Sp. 530.

[1.] L. 6. 19. C. de usur. (4. 32.) L. 9. C. de solut. (8. 43.). Lauterbach D. de deposito iuris. F. Tidemann de

petenten Richter des Gläubigers, oder dem Richter des zur Zahlung verabredetem Orts geschehen [2.]; auch ist es, zwar nicht nach den Gesetzen, aber der ungewissen Praxis räthlich, den Gläubiger zur Deposition vorladen zu lassen [3.]. Der letzte kann dann die Sache abfordern, wo sie liegt [4.], doch ist dem Schuldner die Rückforderung bis dahin nicht zu versagen, wenn er seine Schuld wiederherstellen will, wodurch aber die Schuld andrer, welche nebenbey durch die Deposition erlosch, nicht wieder auflebt [5.].

§. 94.

II.) Bestärkung der Verbindlichkeit.

Die wirkende Kraft einer Verbindlichkeit liegt in ihrer inneren Natur, und es bedarf dazu an sich keiner weitern äufsern Impulse. Indefs kann die Verpflichtung durch pfychologische Reitze verstärkt werden. Diefs geschieht besonders durch Androhung einer gesetzlichen Strafe, durch den Eyd, und die Conventional-Strafe. Nur von den beyden letzten ist hier zu handeln; über die erste gibt das Criminal-Recht Aufschlufs.

§. 95.

1.) durch den Eyd.

Unter dem Eyde versteht man jede Betheurung unter Anrufung eines heiligen, oder ehrwürdigen Gegenstandes [1.]. Geschieht diefs in der Absicht, um die Wahrheit einer Aussage zu bekräftigen, so heifst der Eyd: Versicherungs-Eyd (iuramentum assertorium); soll hingegen eine Verbindlichkeit dadurch bestärkt werden, so heifst er: Verpflichtungs-Eyd (iuramentum promissorium). Ueber den ersten ist im Procefs, über den letzten an diesem Ort zu handeln.

depositione debiti iudiciali eiusque effect. Goett. 1776. [2.] L. 9. L. 19. cit. Pütter Rechtsf. 1. B. 4. Thl. S. 973. fgg. [3.] Glücks Comm. 4. B. §. 330. not. 75. [4.] L. 19. C. de usur. (4. 32.). [5.] L. ult. de pact. (2. 14.). Voet Lib. 46. T. 3. §. 29.

[1.] L. 3. §. ult. L. 13. §. ult. L. 33. de iureiur. (12. 2.) L. 2. C. de R. C. (4. 1.). Malblank de iureiur. §. 6. 15. 27. 29. Cocceii I. C. L. 12. T. 2. qu. 6. 7. 8. Stryk U. M. eod. Tit. §. 6.

§. 96.

Fortsetzung.

Nach dem, §. 32. aufgestellten Princip sollte eigentlich der Verpflichtungs-Eyd dem Verpflichteten nur neue moralische Antriebe geben, nicht aber die rechtliche Natur der Verbindlichkeit in irgend einigem Betracht ändern, also weder eine gesetzlich vernichtete, noch eine eingeschränkte Verbindlichkeit vollgültig machen. Das Römische Recht hat auch wirklich diefs Princip sanctionirt [1.]; allein das Kanonische stellt dagegen die Regel [2.] auf: dafs jede bürgerlich vernichtete und eingeschränkte Verbindlichkeit vollgültig wird, sofern sie durch einen Eyd bekräftigt ist, welcher zu keiner moralischen Schändlichkeit führt, mit Verstand, ohne Irrthum, Zwang und Betrug abgeleistet ist, und dem Rechte eines Dritten keinen Eintrag thut [3.]. Indefs wird doch auch nach Kanonischem Recht das Object der Verbindlichkeit durch den Eyd nicht geändert, sondern nur die Leistung dessen, was ohne das bürgerliche Verbot hätte gefordert werden können, zur absoluten Pflicht gemacht [4.].

§. 97.

2.) durch Conventional-Strafen.

Das zweyte Bestärkungsmittel ist die Conventional-Strafe, worunter man alles versteht, was sich Jemand, auf den Fall einer nicht erfüllten Verbindlichkeit, von dem Verpflichteten versprechen läfst. Folgende Regeln enthalten darüber die nöthigen Bestimmungen. I.) Die Conventional-Strafe setzt eine gültige Hauptverbindlichkeit voraus, und ist nichtig, sofern die letzte ungültig ist [1.]. Sind indefs die Handlungen, zu denen man sich ungültig verpflichtete, von der Art, dafs man sie thun darf; so kann auf den Fall, dafs man sie nicht thue, gültig eine Strafe versprochen werden [2.]. II.) Sie verstärkt in der Regel nur die Motive, nicht aber die äufse-

[1.] L. 7. §. 16. de pact. (2. 14.) Nov. 82. c. 11. Malblank §. 81—83. [2.] A. M. ist Weber nat. Verb. §. 120. [3.] Cap. 28. X. de iureiur. (2. 24.) cap. 2. de pact. in 6. (1. 18.). [4.] Cap. 25. X. de iureiur. (2. 24.). Meditationen über versch. R. M. 3. B. n. 144.

[1.] L. 61. L. 69. de V. O. (45. 1.) L. 1. C. de recept. arbitr. (2. 56.). Bach de mulcta poenit. §. 1. (in opusc.). Lauterbach de poena convent. §. 48—51. [2.] L. 38. §. 17.

re rechtliche Natur der Verbindlichkeit [3.]. III.) In der Regel kann alles als Strafe versprochen werden, sollte es auch das Interesse weit übersteigen [4.]; nur darf man sich nicht zu verbotenen Handlungen anheischig machen, und sich also z. B. weder peinlichen Strafen unterwerfen [5.], noch auch für die verspätete Bezahlung einer Geldschuld mehr, als das gesetzmäfsige Maafs der Zinsen versprechen [6.]. IV.) In Betreff der Hauptwirkungen derselben unterscheide man: 1.) Sie ist einem vollzogenen Geschäft hinzugefügt: dann kann im Zweifel von dem Contravenienten entweder die Aufrechthaltung des Geschäfts, oder die Strafe gefordert werden [7.], beydes zugleich aber, oder die Strafe allein nur im Fall einer ausdrücklichen Verabredung [8.]. Ist 2.) das Geschäft noch unerfüllt, und zwar A.) die Strafe auf den Fall der verspäteten Erfüllung bedungen, so kann erst auf die Strafe, und nachher weiter auf Erfüllung der Hauptverbindlichkeit geklagt werden [9.]; ist sie aber B.) auf den Fall der nicht erfüllten Verbindlichkeit bedungen, so kann, falls die Erfüllung noch möglich ist, im Zweifel zwar die Strafe und Erfullung nicht vereint gefordert werden [10.], der Promittent hat aber auch im Zweifel nicht die Wahl, sich durch Erlegung der Strafe von der Leistung der Hauptsache zu befreyen [11.]. V.) Die Unmöglichkeit der Erfüllung [12.], und die gänzliche Erfüllung der Hauptverbindlichkeit befreyen von der Strafe [13.].

Dritte Abtheilung.

Verhältnifs der Rechte und Verbindlichkeiten zu einander.

§. 98.

Einleitung. Betrachtet man Rechte und Verbindlichkeiten im Verhältnifs zu einander, so entstehen

de V. O. (45. 1.). [3.] L. 14. C. de pact. (2. 3.). Lauterbach §. 67. [4.] L. 65. pr. de evict. (21. 2.). Lauterbach §. 24—29. 35. Wehrn doctr. explic. princ. damni etc. §. 59. [5.] Lauterbach §. 18—22. [6.] L. 13. §. 26. de act. E. V. (19. 1.). Lauterbach §. 30—34. [7.] L. 10. §. 1. de pact. (2. 14.) L. 15. de transact. (2. 15.). [8.] L. 17. C. de transact. (2. 4.). Glücks Comm. 4. B §. 340. princ. [9.] L. 115. §. 2. de V. O. (45. 1.). [10.] L. 115. §. 2. l. c. Lauterbach §. 65. [11.] L. 14. C. de pact. (2. 3.) L. 8. C. de novat. (8. 42.). Höpfner Comment. §. 987. [12.] L. 23. de O. et A. (44. 7.) Lauterbach §. 59. [13.] L. 47. de act. E. V. (19. 1.) L. 5. §. 4. L. 85. §. 6. de V. O. (45. 1.).

zwey Hauptfragen, nämlich: erstlich was Statt findet, wenn sie in Einer Person zusammentreffen, und zweytens, was Rechtens ist, wenn mehrere Berechtigte neben einander stehen? Jenes führt auf die Lehre von der Consolidation und Confusion, dieses auf die Lehre von der Concurrenz und Collision der Rechte.

§. 99.

1.) Confusion.

Was die erste betrifft, so unterscheide man I.) Rechte und Verbindlichkeiten treffen in derselben Person zusammen. In diesem Fall ist es natürlich Regel: eine Person kann zugleich Rechte und Verbindlichkeit haben, nur nicht gegen sich selbst. Einander entgegenstehende Rechte und Verbindlichkeiten vernichten sich also in Einer Person, und wenn die, so vernichtete Verbindlichkeit eine Hauptverbindlichkeit ist, so erlöschen durch ihren Untergang alle in Beziehung derselben accessorische Verbindlichkeiten andrer Personen [1.]. II.) Treffen Rechte und Rechte zusammen, so bestehen sie neben einander, ausgenommen, wenn das Eine eine Beschränkung des andern enthält: denn im letzten Fall hört, eben weil Niemand sein Selbstschuldner seyn kann, das beschränkende Recht, als selbstbestehend, zu existiren auf, und das Beschränkte wird nun unbeschränkt (consolidatio) [2.]. III.) Wird eine Person Subject mehrerer Verbindlichkeiten, so bleibt es dabey, doch verschlingt, wenn eine Hauptverbindlichkeit mit ihrer Accessorischen zusammentrifft, die erste die letzte, wenn diese dem Gläubiger nicht etwa mehr Sicherheit geben sollte, als jene [3.].

§. 100.

2.) Concurrenz und Collision.

Sind verschiedene Personen mit verschiedenen Rechten versehen, so kann, I.) wenn jedes Recht einen besondern Gegenstand hat, ein jedes natürlich vollständig ausgeübt werden. II.) Be-

[1.] L. 21. §. 2. L. 71. pr. de fideiussor. (46. 1.) L. 75. L. 95. §. 2. de solut. (46. 3.). Lauterbach, Strauch, Bechmann, Eichel Dissertatt. de confusione. [2.] L. 17. 27. quib. mod. usufr. am. (7. 4.) L. 1. quem. serv. am. (8. 6.). [3.] L. 5. 14. 21. §. 4. de fideiussor. (46. 1.). Vergl. mit L. 95. §. 3. de solutt. (46. 3.). Wieling lect. iur. civ. L. 2. c. 12. Weber nat. Verb. §. 128. a. E.

ziehen sich die Rechte mehrerer auf Einen Gegenstand, aber steht keinem ein ausschliefsendes Recht zu (Concurrenz der Rechte): so werden sie neben einander ausgeübt, doch kann der, welcher das seinige zuerst ausübt, dem andern den Nutzen seines Rechts verringern. III.) Hat jeder der Berechtigten ein ausschliefsliches Recht auf denselben Gegenstand (Collision der Rechte): so ist weiter zu unterscheiden 1.) von den collidirenden Rechten beruht das eine auf einer mehr allgemeinen Vorschrift, als das andre: dann geht das letzte (also z. B. ein privilegium einem iuri singulari, und dieses einem iuri communi) vor [1.]. 2.) Sie sind gleich allgemein. Hier ist nun entweder A.) das eine besonders begünstigt, dann geht natürlich dieses vor. Bey Privilegien gibt im Zweifel das gröfsere Alter den Vorzug [2.], und eben so bey Pfandrechten [3.], in andern Fällen aber nicht [4.]. Ist dagegen B.) Keines namentlich begünstiget, so collidiren die Rechte entweder a.) direct, d. h. die Personen haben dasselbe gegen einander: alsdann geht der vor, welcher einen Schaden von sich abwenden will [5.], und wenn beyde gleich viel zu verlieren haben, derjenige, welcher im Besitz dessen ist, was ihm nach seinem Rechte gebührt [6.]. Tritt auch der letzte Fall nicht ein, und ist also alles gleich: so kann ohne eine Entscheidung des Regenten keines der Rechte ausgeübt werden (privilegiatus contra aeque privilegiatum iure suo non utitur) [7.]. Collidiren dagegen die Rechte b.) indirect, d. h. in einem dritten Gegenstande, so ist entweder A.) der eine schon im Besitz des Gegenstandes: dann geht dieser vor [8.], oder B.) es ist diefs nicht der Fall. Hier müssen die Concurrenten das Object theilen, wenn es theilbar ist; wenn aber das letzte nicht geschehen kann, so suspendiren sich auch hier die Rechte, und

[1.] L. 80. de R. I. (50. 17.) L. 3. C. de silentar. et Decur. (12. 16.). [2.] L. 7. C. de prec. imper. offer. (1. 22.) L. 4. C. de emanc. (8. 49.) cap. 1. de const. in 6. (1. 2.). [3.] L. 12 §. 1. qui pot. in pign. (20. 4.). [4.] L. 32. de reb. auct. iud. poss. (42. 5.). [5.] L. 34. pr. de minor. (4. 4.). [6.] L. 11. §. 6. L. 34. pr. de minor. (4. 4.). [7]. Arg. L. 36. de dolo malo (4. 3.) L. 34. §. 3. L. 57. de contr. emt. (18. 1.) L. 17. pr. de peric. et comm. r. v. (18. 6.) Hert de collis. leg. Sect. 5. Stryk de iure privilegiati contra priv. Hal. 1702. 1744. [8.] L. 12. de donat. (39. 5.) L. 32. de procurat. (3. 3.) L. 15. C. de R. V. (3. 32.) L. 6. §. 7. L. 24. quae in fraud.

keines läſst sich ohne Machtspruch des Regenten zur Ausübung bringen [9.].

Vierte Abtheilung.

Nebenbestimmungen der Rechte und Verbindlichkeiten.

§. 101.

Einleitung. Rechte und Verbindlichkeiten können mancherley Nebenbestimmungen haben, und zwar besonders durch die Bedingungen, Zeitbestimmung und den Zweck, welche bey denselben eintreten. Die Grundsätze des Römischen Rechts sind hierüber nur in der Materie von Verträgen, Erbeneinsetzungen und Vermächtnissen aufgestellt, und haben in jeder einzelnen Lehre eine andre Gestalt. Da indeſs das, was in Ansehung der bedingten Verträge vorgeschrieben ist, am mehrsten mit der Natur der Bedingungen überhaupt zusammentrifft, und das Besondere bey Verträgen sehr gut dazu benutzt werden kann, die eigentliche Natur der Bedingungen noch schärfer herauszuheben: so wird hier mit dem Allgemeinen dasjenige, was sich besonders auf Verträge im Allgemeinen bezieht, zugleich erörtert werden.

§. 102.

I.) Bedingungen. Bedingung (conditio) heiſst jeder künftige, nicht zu der Natur eines Geschäfts gehörige Thatumstand, von dessen Daseyn Rechte und Verbindlichkeiten abhängig gemacht werden [1.]. Wird ein Recht auf vergangene oder gegenwärtige Thatumstände bezogen (die sogenannte conditio in praeteritum und praesens collata): so ist dieſs eben so wenig im eigentlichen Sinn eine Bedingung [2.], als wenn das, was sich von

ered. (42. 9.). [9.] L. 42. 43. de hered. inst. Vergl. überh. Meine Vers. 2. B. n. 14. Abweichende Ideen haben I. F. Wienzeck de vero sensu L. 11. §. 6. 7. L. 12. de minor. Vratisl. 1778. I. H. C. Lüders Betr. der Lehre von der Concurrenz mehrerer Privilegien. (In Koppes Archiv 2. B. n. 34.). Glücks Comm. 2. B. §. 105.

[1.] Vergl. überh. F. Balduini comm. de conditt. als Anhang zu deſſen comm. de pignor. P. Brusselii tr. de conditt. verbunden mit P. Durani tr. de condit. et modis imposs. Frankf. et Lips. 1700. 4. I. I. Ravensberg de cond. conv. et ultim. volunt. Ien. 1752. 8. [2.] §. 4. J. de verb. obl.

selbst versteht (conditio tacita), in Form einer Bedingung ausgedrückt wird [3.]; doch haben vergangene und jetzige Thatumstände, wenn sie einem Rechte zum Grunde gelegt werden, mit den eigentlichen Bedingungen, das Aufschieben abgerechnet, gleiche Wirkungen [4.], und die, sich von selbst verstehenden Bedingungen wirken wenigstens so viel, dafs ihre Nicht-Existenz die vollständige Erwerbung des Rechts aufschiebt [5.].

§. 103.

Eintheilungen. Eine jede Bedingung, sie bestehe in einem negativen, oder positiven facto (conditio negativa und affirmativa), ist aufschiebend, d. h. sie rückt den vollständigen Erwerb eines Rechts bis dahin hinaus, dafs sie existire. Wird der erste Erwerb eines Rechts dadurch hinausgesetzt, so nennt man sie vorzugsweise eine aufschiebende (suspensiva); wird hingegen die Rückerwerbung eines Rechts davon abhängig gemacht, eine auflösende (resolutiva). Die letzte ist in Rücksicht des Geschäfts, welches das Recht zuerst überträgt, keine Bedingung, sondern nur in Rücksicht des, den Rückfall bestimmenden Nebenvertrags [1.], und man mufs daher die Regel annehmen: was die aufschiebende Bedingung in Ansehung des Hauptgeschäfts wirkt, eben das wirkt die auflösende in Betreff der Nebenberedung des Rückfalls [2.]. Bey blofs bedingtem Versprechen streitet für die aufschiebende [3.], bey der bedingten Uebergabe einer Sache für die auflösende die Vermuthung [4.].

(3. 16.) L. 39. de R. C. (12. 1.) [3.] L. 3 de leg. I. (30.) L. 99. L. 107. de cond. et demonstr. (35. 1.). Brussel l. c. L. 4. T. 1. Cocceii I. C. L. 2. T. 14. qu. 43. [4.] Daher es auch wohl conditio heifst. L. 16. de iniusto rupto irrito (28. 3.). §. 6. I. de Verb. obl. (3. 16.) L. 37. de R. C. (12. 1.) L. 100. de V. O. (45. 1.). [5.] L. 4. §. 2. de pact. (2. 14.) L. 1. pr. §. 2. de cond. et dem. (35. 1.).

[1.] L. 3. de contr. emt. (18. 1.) L. 1. de leg. comm. (18. 3.) L. 2. pr. de addict. in diem (18. 2.) Daher ist denn auch das Hauptgeschäft gleich in allen Rücksichten als unbedingt zu behandeln L. 2. §. 4. 5. pro emt. (41. 4.) L. 2. pr. §. 1. L. 4. §. 3. de in diem addict. (18. 2.). [2.] L. 9. §. 6. de R. C. (12. 1.). Brussel L. 1. T. 1. n. 5. L. 5. T. 1. n. 1. [3.] L. 4. §. 2. de pact. (2. 14.). [4.] L. 1. §. 2. pro dote (41. 9.).

§. 104.

Fortsetzung.

Wenn eine Bedingung nicht in einer blofs negativen Willenshandlung besteht, und irgend etwas positives fordert, so ist sie immer von der Wirkung physischer Kräfte abhängig. Insofern ist denn, da der Wille das Physische nicht schaffen kann, jede affirmative Bedingung zufällig. Hängt die Bedingung lediglich von der Wirksamkeit dessen ab, was aufser dem Willen des Menschen existirt, so heifst sie vorzugsweise eine zufällige (casualis); mufs hingegen dabey auch der Wille concurriren, so kann die Bedingung entweder durch denselben ohne alle Concurrenz der Natur (nämlich bey negativen Willenshandlungen), oder wenigstens dann, wenn nur die Naturkräfte ihre gewöhnliche Mitwirkung nicht versagen, wirklich gemacht werden, oder es mufs etwas gewöhnlich ungewisses physisches neben der Handlung der Willkühr existiren. In jenem Fall nennt man sie eine willkührliche (potestativa, promiscua), in diesem eine vermischte (mixta) Bedingung [1.].

§. 105.

Fortsetzung.

Alle Bedingungen sind entweder möglich oder unmöglich; jenes, wenn im Augenblick der Hinzufügung derselben nach allgemeinen Begriffen eingesehen werden kann, dafs ihre Existenz widersprechend sey; dieses, wenn das Gegentheil Statt findet. Die Unmöglichkeit ist aber zwiefach, nämlich sie liegt entweder in physischen Gesetzen, oder in rechtlichen und moralischen Vorschriften. In jenem Fall wird sie die physisch unmögliche (physice impossibilis), in diesem die moralisch unmögliche (moraliter impossibilis, turpis) genannt. Jede derselben kann negativ oder affirmativ gefafst werden [1.].

[1.] L. 4. §. 1. L. 5. de hered. inst. (28. 5.) L. 9. §. 2. qui pot. in pign. (20. 4.) L. un. §. 7. C. de caduc. toll. (6. 50.) So läfst sich der Unterschied zwischen beyden sehr leicht gegen A. F. Schott de condit. potestativae figmento (in opusc.) vertheidigen.

[1.] §. 1. 2. 11. I. de inutil. stipul. (3. 20.) L. 15. de cond. inst. (28. 7.) L. 123. L. 137. §. 6. de V. O. (45. 1.) Averan interpr. L. 2. c. 24.

§. 106.

Wirkungen. Jede Bedingung schiebt I.) die Existenz eines Rechts auf, so lange sie nicht existirt (pendet), und zwar den Rückfall, wenn sie auflösend, den ersten Erwerb, wenn sie aufschiebend ist [1.], so, dafs der, dem die Bedingung dereinst ein Recht ertheilen soll, selbst durch den Besitz der Sache keine rechtlichen Vortheile, welche erst das wirkliche Recht begründet, erhalten kann [2.]. Der bedingt Verpflichtete mufs jedoch die Existenz der Bedingung, ohne sie zu hindern, abwarten [3.], und der Berechtigte überträgt seine rechtliche Hoffnung auf seine Erben, wenn diese überhaupt in das ganze Rechtsverhältnifs eintreten können [4.]. II.) Existirt die Bedingung, welches bey der affirmativen der Augenblick der positiven That, bey negativen der Augenblick der Unmöglichkeit derselben ist [5.]: so wird das Recht wirklich, und zwar mufs 1.) wenn die Bedingung auflösend ist, nach der **Natur** derselben die Sache so zurückgegeben werden, wie sie dann ist; nach besondern Vorschriften des Römischen Rechts aber bey Verträgen mit allen bis dahin gezogenen Nutzungen [6.]. Von dem dritten Besitzer kann sie der Rückerwerber nur dann vindiciren, wenn bedungen ist, dafs der Handel dann als vom Anfang nichtig zu betrachten sey [7.], nicht aber, wenn der Vertrag dahin ging, das Geschäft solle dann ungültig **werden** [8.]. Ist 2.) die Bedingung aufschiebend, so wird der erste Erwerb durch ihre Wirklichkeit vollendet, und zwar wiederum nach allgemeinen Begriffen von dem Augenblick ihrer Existenz. Allein die Gesetze enthalten auch hier für die Lehre von Verträgen die sonderbare Vorschrift, dafs,

[1.] L. 66. de R. V. (6. 1.) L. 2. §. 4. 5. pro emt. (41. 4.). §. 4. I. de verb. obl. (3. 16.) L. 9. pr. de R. C. (12. 1.) L. 213. pr. de R. I. (50. 17.). [2.] L. 4. pr. de in diem addict. (18. 2.) L. 8. pr. de peric. et comm. r. v. (18. 6.) L. 38. §. 1. de A. l. A. P. (41. 2.). [3.] L. 85. §. 7. de V. O. (45. 1.) L. 5. C. de O. et A. (4. 10.). [4.] §. 4. I. de V. O. (3. 16.) §. 25. I. de inutil. stipul (3. 20.) L. 57. de V. O. (45. 1.). [5.] §. 4. J. de V. O. (3. 16.) L. 115. §. 1. eod. (45. 1.). [6.] L. 4. §. 3. L. 6. pr. de in diem addict. (18. 2.) **Wernher** lect. c. L. 18. T. 2. §. 8. [7.] L. ult. de leg. commiss. (18. 3.) L. 1. 4. C. de pact. int. emt. et vend. (4. 54.). [8.] L. 6. §. 1. de contr. emt. (18. 1.) L. 4. pr. de leg. commiss. (18. 3.) L.

Falls das Object nicht ganz zu Grunde gegangen ist [9.], die zufälligen und vermischten Bedingungen auf den Anfang des Geschäfts zurückgezogen werden sollen [10.]. Die Existenz beyder Arten der Bedingungen macht also auch die Herausgabe der bis dahin vom Besitzer gezogenen Nutzungen nothwendig [11.]. III.) Kommt die Bedingung nicht zur Wirklichkeit (deficit), so wird das Geschäft (nämlich bey der auflösenden das Neben-, bey der aufschiebenden das Haupt-Geschäft) eben so betrachtet, als ob es gar nicht geschlossen wäre [12.].

§. 107.

Fortsetzung.

Was physisch nicht existiren kann ist anzusehen, als existire es nicht, und was rechtlich nicht existiren soll, kann nicht als existirend, sondern nur als nicht-existirend rechtliche Wirkungen haben. Daraus folgt in Betreff der unmöglichen Bedingungen: 1.) die affirmative sowohl physisch als moralisch unmögliche hindert sofort den Erwerb oder Rückfall des Rechts so weit es durch sie bedingt ist [1.]; 2.) die negative physisch unmögliche wird sofort als erfüllt angesehen [2.]; 3.) die negative moralisch unmögliche schiebt, ihrem Begriff nach, den Erwerb des Rechts auf, bis sie in Gemäfsheit ihrer Natur (§. 106. n. II.) existirt; dann folgt der Erwerb. Allein bey Verträgen mufs man nach Röm. Recht unterscheiden a.) der, welcher sich etwas (gleichviel suspensiv oder resolutiv) versprechen läfst, dafür, dafs er etwas moralisch unmögliches nicht thue, vernichtet dadurch den ganzen (Haupt- oder Ne-

3. C. l. c. (4. 54.) Averan interpr. L. 3. c. 9. [9.] L. 8. de peric. et comm. r. v. (18. 6.) Brussel L. 2. T. 1. n. 6. [10.] L. 8. pr. l. c. (18. 6.) L. 9. §. 1. L. 11. §. 1. qui pot. in pign. (20. 4.) L. 16. de solut. (46. 3.) Ravensberg cap. VI. [11.] Sryk U. M. P. L. 18. T. 1. §. 28. T. 6. §. 5. Ravensberg l. c. §. 25. Das Gegentheil behauptet Cocceii I. C. L. 18. T. 6. qu. 12. Allein L. 8. de peric. et c. r. v. (18. 6.) widerlegt seinen Grund, und die Anwendung der Regel über das Zurückziehn, und der Schlufs von der auflösenden Bedingung, bestärkt das Gegentheil. [12.] L. 20. de donat. int. V. et U. (24. 1.) L. 37. de contr. emt. (18. 1.).

[1.] L. 7. L. 35. §. 1. L. 97. de V. O. (45. 1.] L. 9. §. 6. de R. C. (12. 1.) L. 57. pro socio (17. 2.) L. 6. §. 3. mandat. (17. 1.). [2] §. 11. I. de inutil. stip. (3. 20.) L. 7. de V. O.

ben-) Vertrag; bedingt sich hingegen b.) Jemand etwas auf den Fall, dafs der andre eine unerlaubte That verübe, so entsteht durch die That die unbedingte Verpflichtung, das Versprochene zu geben oder zurückzuliefern [3.].

§. 108.

Fortsetzung. Zur schärferen Bestimmung des Begriffs einer erfüllten Bedingung ist noch diefs zu bemerken: 1.) Nur das, was wirklich zur Bedingung gemacht ist, mufs geleistet werden, doch braucht sie einem Geschäft nicht grade ausdrücklich hinzugefügt zu seyn, sondern kann auch durch die That selbst (tacite) beygefügt werden [1.]. Sie ist ferner 2.) genau zu erfüllen, also a.) zur bestimmten Zeit, wenn eine solche gesetzt ist [2.]; b.) von der Person, welcher sie, damit sie von ihr selbst erfüllt werde, aufgelegt ist [3.], so wie c.) in der Maafse, wie es ihre Natur verlangt, also weder durch eine andre Art [4.], noch durch eine, oder einige Handlungen, wenn mehrere nicht alternativ zur Bedingung gemacht sind [5.]. Nur dann ist die nicht erfüllte der erfüllten gleich zu achten, wenn der, zu dessen Vortheil sie beygefügt ist, ihr Wirklichwerden selbst verhindert hat [6.].

§. 109.

II.) Zeitbestimmung. Rechtsverhältnisse können auch von Zeitbestimmungen abhängig gemacht werden. Ist diefs nicht geschehen, so wird das Recht sofort wirklich (dies cedit), und die Erfüllung kann, jedoch nach Billigkeit, sofort verlangt werden (dies ve-

(45. 1.). [3] So mufs man unterscheiden, und nicht, wie viele thun, in dem suspensiven und resolutiven den Unterschied setzen. L. 7. §. 3. L. 50. de pact. (2. 14.). L. 121. de V. O. (45. 1.) L. 1. 2. 3. C. si mancip. ita venier. (4. 56.).

[1.] L. 73. §. 1. de V. O. (45. 1.) L. 77. L. 102. de cond. et dem. (35. 1.). Struben 3. B. 58. Bed. [2.] L. 41. §. 12. de fideic. libert. (40. 1.) L. 2. L. 11. §. 1. de cond. et dem. (35. 1.) [3.] L. 39. §. ult. de stat. liber. (40. 7.) L. 31. de solut. (46. 3.). [4.] L. 44. de cond. et dem. (35. 1.) L. 11. §. 11. de leg. III. (32.) L. 68 de solut. (46. 3.). [5.] §. 11. I. de her. inst. (2. 14.) L. 5. de cond. et dem. (35. 1.). [6.] L. 85. §. 7. de V. O. (45. 1.) L. 39. L. 161. de R. I. (50. 17.).

nit) [1.]. Finden Zeitbestimmungen dabey Statt, so können sich diese entweder auf das Recht selbst, oder dessen Verfolgung beziehen, und zwar kann in beyden Fällen die Zeit gewiſs, oder ungewiſs seyn, und im letzten Fall in Ansehung der Frage wann und ob sie existiren wird? Bezieht sich die Zeitbestimmung auf das Recht selbst, so wird entweder der Anfang (terminus a quo), oder die Dauer des Rechts (terminus ad quem) dadurch bestimmt [2.]. In jenem Fall wird das Recht bey einer schlechthin gewissen, oder nur in Ansehung der Entfernung ungewisser Zeit sofort, sonst aber nicht eher wirklich, als bis der, selbst in Ansehung seiner Existenz ungewisse Tag existirt [3.]; im letzten wird es durch dessen Existenz aufgehoben [4.], und zwar, wenn ein Contrahent die Dauer eines Rechts, welches einmal enden muſs, von seiner Willkühr abhängig macht, durch den Tod desselben [5]. Ist über die Zeit der Erfüllung etwas bestimmt, so kommt natürlich alles darauf an, wie dieſs geschehen ist. Nur der sonderbaren Vorschrift ist hier noch zu erwähnen, daſs im Zweifel der Verpflichte auch vor dem, zur Erfüllung bestimmten Tage dem Berechtigten das Schuldige leisten kann [6.].

§. 110.

Deshalb von der Zeitrechnung.

In Beziehung auf die Lehre von den Zeitbestimmungen ist die Lehre von der Zeitrechnung noch von besonderer Wichtigkeit [1.]. Man bemerke darüber 1.) ein Tag enthält 24 fortlaufende Stunden [2.]. Rechnet man diese von 12 Uhr bis 12 Uhr Mitternachts (a septima

[1.] L. 213. de V. S. (50. 16.) Hert de iurib. ex pacto certo temp. inclus. (in op. V. II. T. 3.). [2.]. L. 44. §. 1. de obl. et act. (44. 7.). [3.] L. 45. §. 3. L. 46. pr. de V. O. (45. 1.) L. 16. §. 1. L. 17. 18. de cond. indeb. (12. 6.) Averan int. L. 2. c. 16. [4.] L. 56. §. 4. de V. O. (45. 1.) L. 52. §. 3. de pact. (2. 14.). [5.] L. 4. locat. (19. 2.). [6.] L. 70. L. 98. §. 4. de solut. (46. 3.) Leyser Sp. 528. m. 14. Hommel Rhaps. obs. 593. Müller ad Leyser obs. 881.

[1.] Vergl. überh. J. T. Seger de anno Romano Lips. 1759. (op. ed. Klüber V. 1. n. 1.) I. C. Rücker de civili et natural. temp. computat. (auch in dessen obs. et interpr.). G. F. Holzhauer de tempore in iure civ. ac natural. computand. Regim. 1789. Koch Belehrungen über die Mündigk. zum testiren. Gieſs. 1796. [2.] L. 8. de fer. et dilat.

hora ad septimam horam noctis): so heifst diefs ein Kalendertag; fängt man hingegen die Rechnung von einem andern Punkt an, so kann man diefs einen Zeittag, oder einen natürlichen Tag (dies naturalis) nennen, wiewohl man durch den letzten Ausdruck auch wohl nur die Stunden des Sonnenlichts zu bezeichnen pflegt. 2.) Ein Monath besteht im Zweifel aus 30 Tagen [3.], und kann gleichfalls, wenigstens in den Monathen, welche 30 Tage im Calender haben, ein Calender- oder ein Zeitmonath seyn. Eben diefs gilt 3.) von einem Jahre, welches in der Regel 365 fortlaufende Tage zählt [4.]. In einem Schaltjahr (im Gegensatz dessen ein anderes Jahr ein gemeines heifst) wird zu diesem noch ein Tag (dies intercalaris) hinzugethan. Der Schalttag ist der 24. Februar, und dieser (dies posterior) wird mit dem folgenden 25. Februar (dies prior) zusammen als Ein Tag gerechnet (dies bissextus), wenn nicht ein Zeitraum namentlich nur auf gewisse Tage gesetzt ist [5.]. Es läfst sich nicht erweisen, dafs bey uns der juristische Monath verändert sey [6.], oder dafs man jetzt den 29. Febr. als den Schalttag betrachten müsse [7.].

§. 111.

Fortsetzung.

Berechnet man einen Zeitraum natürlich, so läfst man denselben sofort mit dem genannten Augenblick anfangen (tempus continuum ratione initii), rechnet in den Lauf desselben jeden Augenblick (tempus continuum ratione cursus), und hält denselben erst durch vollständigen Ablauf für vollendet. Es gibt jedoch gewisse einzelne Fälle, woraus sich aber offenbar keine Regel bilden läfst [1.], in denen die Gesetze eine abweichende Berechnungsart (computatio civilis)

(2. 12.). [3.] L. 101. de R. I. (50. 17.). [4.] L. 134. de V. S. (50. 16.). [5.] L. 98. eod. L. 3. §. 3. de minor. (4. 4.) L. 2. de divers. temp. praesc. (44. 3.). Man mufs aber in der letzten Stelle lesen: sed si quis fundum — — proficiet emtori. Bynkershoek Obs. L. 4. c. 8. [6.] Struben 1. B. 47. Bed. [7.] Koch a. a. O. §. 9. Dessen Bestät. der Belehrungen S. 32-36. A. M. ist J. M. Schneidt de usu studii chronologici etc. Wirceb. 1782. Derselbe Schlufssatz oder letztes Wort etc. Wirzb. 1798.

[1.] Glücks Comm. §. 269. a. 269. b.

gestattet haben. Nämlich 1.) haben sie in manchen Fällen vorgeschrieben, daſs demjenigen, welcher ein Recht zu verfolgen hat, die Tage, an denen er hierin auf irgend eine Weise gehindert ward, nicht angerechnet werden sollen [2.]. Eine solche Zeit nennt man tempus utile, und diese kann denn, je nachdem die Behinderungstage bloſs den Anfang eines Zeitraums hinaussetzen, oder nur im Lauf desselben nicht angerechnet, oder in beyden Rücksichten abgezogen werden sollen, dreyfach seyn: utile ratione initii und continuum ratione cursus; continuum ratione initii, utile ratione cursus; oder utile ratione initii et cursus. 2.) Gibt es gewisse Fälle, in denen schon die Erreichung des letzten Theils (Tages, Monaths, Vierteljahrs) eines gegebenen Zeitraums der Vollendung desselben gleichgesetzt wird [3.].

§ 112.

III.) Modus. Wird Jemand ein Recht ertheilt, unter der Nebenbestimmung, daſs er das Empfangene zu einem gewissen Zweck anwenden solle: so wird diese modus genannt [1.). Die Natur desselben ergiebt das Resultat: das Geschäft ſelbst, dem der modus hinzugefügt ist, ist unbedingt [2.], und der modus erzeugt eine unbedingte Nebenverpflichtung. Ist derselbe möglich, so muſs er erfüllt werden [3.], ausgenommen wenn der, welcher ihn erfüllen sollte, allein ein Interesse dabey hat [4.]. Ist er unmöglich, so erzeugt diese Unmöglichkeit (gerade so, wie bey der affirmativen Resolutiv-Bedingung) keineswegs Nichtigkeit des Hauptgeschäfts, sondern der den Zweck bestimmenden Nebenberedung [5.].

[2.] L. 1. §. 1. L. 21. 26. ex quib. causs. maior. (4. 6.) L. 1. de divers. temp. praescr. (44. 3.). L. 1. §. 7-9. quando appell. sit (49. 4.) cap. 10. X. de praescr. (2. 26.). [3.] L. 5. de ann. legat. (33. 1.) L. 3. §. 3. de minor. (4. 4.).

[1.] L. 41. pr. de contr. emt. (18. 1.) L. 58. §. 2. locat. (19. 2.) I. G. de Hackemann de usu praect. distinct. condit. inter et modum. Frankf. 1751. C. F. G. Meister de eo quod inter condit. resol et modum interest. (in opusc.) I. F. Cordes de modo convent. adiect. eiusque effect. iurid. Goetting. 1782. [2.] L. 80. de cond. et demonstr. (35. 1.). [3.] L. 17. §. 2. L. 44. de manum. testam. (40. 4.). [4.] L. 3. de donat. (39. 5.) L. 13. §. 2. de donat. int. vir. et uxor. (24. 1.). [5.] L. 8. C. de condict. ob causs. dator. (4. 6.). Das Gegentheil behauptet

Erfüllt der, welchem ein möglicher modus aufgelegt ist, denselben nicht, so kann er, da durch Ungehorsam des Verpflichteten der Berechtigte nicht befugt wird, das ganze Rechtsverhältnifs aufzuheben [6.], in der Regel nur auf Erfüllung und das Interesse belangt werden [7.]. Blos bey ungenannten Contracten und der Schenkung ist die Zurückforderung des Gegebenen erlaubt [8.].

Zweyter Abschnitt.

Ueber den Grund der Rechte und Verbindlichkeiten.

Erste Abtheilung.

Ueber Entstehung derselben.

Erstes Kapitel.

Einleitung. Besonders über Willens-Handlungen überhaupt.

§. 113.

Entstehungsgründe. Mittelbare, unmittelbare Verbindlichkeiten.

Rechte und Verbindlichkeiten müssen durch etwas, aufser dem Gesetz existirendes wirklich werden [1.]. In der Regel mufs diefs durch Willenshandlungen des Berechtigten oder Verpflichteten geschehen, es sey nun durch zweyseitige (Verträge), oder einseitige, erlaubte oder unerlaubte Handlungen; doch kann auch das Gesetz an andre Thatumstände die Existenz eines Rechts oder einer Verbindlichkeit, knü-

Glück Comm. §. 336. [6.] Weber üb. d. nat. Verb. §. 90. [7.] Voet comm. L. 18. Tit. 4. §. 16. [8.] L. 2. §. ult. de donat. (39. 5.) L. 2. 6. C. de condict. ob causs. dator. (4. 6.) L. 1. C. de donat. quae sub modo (8. 55.). Daraus schliefsen denn viele z. B. Glück a. a. O., aber ohne Grund, auf alle Fälle.

[1.] I. O. Westenberg de caussis obligat. (op. T. 2. n. 3.).

pfen [2.]. Beruhen diese auf Entstehungsgründen auf Factis, welche man durch keinen besondern Kunstausdruck zu bezeichnen weiſs: so nennt man sie unmittelbare (immediata, oder schlechthin ex lege); alle andern hingegen mittelbare (mediata) Rechte und Verbindlichkeiten [3.], doch wird diese Terminologie täglich schwankender [4.]. In dem allgemeinen Theil kann nur die Lehre von den Willenshandlungen überhaupt vorgetragen werden; das Uebrige bleibt dem Besonderen überlassen.

§. 114.

Rechtliche Geschäfte. Feyerliche, unfeyerliche.

Willenshandlungen, welche die Begründung rechtlicher Verhältnisse bezwecken, heissen rechtliche Geschäfte. Ist denselben von den Gesetzen eine gewisse Form vorgeschrieben, so nennt man sie feyerliche (legis actio, oder in neuerem Latein actus legitimus) [1.]. Bey einigen feyerlichen Geschäften dürfen nach Römischem Recht keine Stellvertreter erscheinen, und keine Bedingungen und Zeitbestimmungen hinzugefügt werden [2.]. Diese werden von manchen vorzugsweise actus legitimi genannt. Daſs bey mehreren derselben (z. B. der Erbschaftsantretung) Bevollmächtigte bloſs deswegen ausgeschlossen wurden, weil die eingeführten Formeln nur auf den Principal lauteten, und daſs bey manchen (z. B. der Stipulation) Nebenberedungen über die Zeit der Kürze und Rundheit der Formel wegen nicht gestattet wurden, ist wohl unleugbar; allein bey manchem (z. B. der Bestellung eines Vormundes) läſst sich alles weit natürlicher aus dem innern Wesen des Geschäfts erklären [3.].

[2.] S. z. B. Tit. I. de oblig. quae quas. ex contr. (3. 28.) Tit. I. de obl. quae quas. ex delict. (4. 5.). [3.] L. 1. pr. L. 52. pr. §. 5. de O. et A. (44. 7.). Meine Vers. 1. B. n. 12. a. E. [4.] Meurer iur. Beob. u. Abh. 1. S. n. 1. Weber über nat. V. §. 30-32.

[1.] L. 123. de R. I. (50. 17.). Vergl. mit L. 77. eod. L. 21. C. de haeret. (1. 8.). [2.] L. 77. de R. I. (50. 17.). [3.] Vergl. Maranus C. ad L. 77. de R. I. (op. T. II.) Alciat parerg. L. 3. c. 4. fgg. Cuiacii obs. L. 15. c. 16. Ritter ad Heineccii histor. iur. L. 1. §. 46. S. G. Bauer de actib. legitimis (opusc. T. 1. n. 14.) Höpfner de legis actionibus et actibus legitimis (Anhang zu dessen Com-

§. 115.

Deren Bestandtheile und Theile.

Bey jedem Geschäft muſs man die wesentlichen, die gewöhnlichen, und die zufälligen Theile (essentialia, naturalia, accidentalia) unterscheiden. Der Mangel der ersten vernichtet das Geschäft, die letzten können fehlen, doch wird der Mangel des Gewöhnlichen nicht vermuthet, während die Existenz der zufälligen erwiesen werden muſs [1.].

§. 116.

Beweis.

Die Existenz eines Geschäfts ist, als Thatumstand, zu erweisen, und zwar muſs, wenn dasselbe aus mehreren einzelnen Handlungen besteht, die Existenz einer jeden derselben besonders dargethan werden [1.]. Ist aber die Existenz eines Geschäfts überhaupt erwiesen und zugestanden, so wird vermuthet, daſs die gesetzlichen Formen beobachtet sind [2.].

§. 117.

Erfordernisse.

Die gesetzliche Form eines Geschäfts muſs im Zweifel beobachtet werden. Ist dieſs nicht geschehen, so ist es null und nichtig [1.], jedoch nur in Ansehung der, dem Gesetz widerstreitenden, nicht aber in Ansehung der andern demselben gemäſsen Handlungen [2.], sofern jene nicht das Wesen, diese hingegen nur die von den wesentlichen Stücken abhängenden Nebentheile eines Geschäfts ausmachen [3.]. Wegen offenbarer Billigkeit kann der Richter etwas von der ge-

mentar.) Hugo Rechtsgesch. 2. Aufl. §. 135. I. A. Reichardt Diss. utrum actus legitimi Romanis fuerint solemniores. Partic. I. II. Ien. 1789. 1797.

[1.] L. 27. §. 3. de pact. (2. 14.) L. 11. §. 1. de act. E. V. (19. 1.) L. 3. de R. C. (12. 1.).

[1.] L. 5. §. ult. de public. in rem act. (6. 2.) S. Gentilis de solennitat. quaten. in quoque act. intervenir. deb. vel interesse praesum. Nov. 1617. Menoch de praesumt. L. III. pr. 132. [2.] L. 50. de V. O. (45. 1.) L. 14. C. de contr. stipulat. (8. 38.). L. 25. pr. de adopt. (1. 7.).

[1.] Pütter de nullitate (op. n. 7.) C. F. Harprecht de effect. act. nulliter gesti Tub. 1750. vergl. mit Weber über nat. Verb. §. 54. 102. [2.] L. 5. §. 2. L. 31. §. 4. de donat. (39. 5.) L. 26. de usur. (22. 1). [3.] L. 27. fam. herc. (10. 2.) L. 7. §. 1. de recept. arbitr. (2. 56.) L. 80. §. 2. de legat.

setzlich zu beobachtenden Form erlassen, nur muſs er freylich in diesem Erlassen da keine Billigkeit finden, wo (wie z. B. bey Testamenten die groſse Zahl der Zeugen) die gesetzliche Form grade dazu dienen soll, Recht und Billigkeit zu befördern [4.].

§. 118.

Arten des Willens.

Der Wille ist juristisch betrachtet, vierfach. Ist er mündlich oder schriftlich durch Worte ausgedrückt, so wird er der ausdrückliche (expressus) genannt, der stillschweigende (tacitus) hingegen, wenn die wirkliche Existenz desselben aus andern Handlungen erhellet. Ist der Wille bloſs aus allgemeinen Gründen wahrscheinlich, aber nicht bewiesen, so wird er der vermuthete (praesumtus) genannt. In manchen Fällen behandeln die Gesetze Jemand, als ob er eingewilligt hätte, ohne von dessen wirklicher Einwilligung überzeugt zu seyn, oder auch nur dieselbe vermuthen zu können [1.]: dieſs nennt man die erdichtete Einwilligung (consensus fictus) [2.].

§. 119.

Fortsetzung.

In welchen Fällen eine stillschweigende Einwilligung vorhanden sey, läſst sich nicht einzeln angeben, sondern muſs durch Beurtheilung bestimmt werden [1.]. Nur daſs läſst sich im allgemeinen sagen, daſs aus zweydeutigen Handlungen keine bestimmte Einwilligung geschlossen werden darf [2.], und daſs, wenn eine Handlung nur Eine Auslegung leidet, der Urheber die Wirkungen der Einwilligung (freylich nicht eine sonstige Verantwortlichkeit) von sich abwenden kann, wenn er die Handlung mit einer

II. (31.) L. 1. C. de posth. hered. inst. (6. 29.). [4.] L. 183. de R. I. (50. 17.) Vergl. auch Müller ad Leyser Obs. 5.

[1.] L. in quib. causs. pign. tac. (20. 2.). [2.] F. G. Lautensack de discrim. int. consens. express. tacit. et praesumt. Erf. 1710. Weber über nat. Verb. §. 24.

[1.] L. 2. pr. ad municip. (10. 38.) L. 4. §. ult. de fideiussor. (46. 1.) L. 2. §. ult. solut. matrim. (24. 3.) Noodt de pact. cap. 2. (op. T. 1.). [2.] L. 2. §. 1. L. 3. 4. 57. de pact. (2. 14.) Struben 1 B. 107. Bed.

Protestation begleitet, daſs er sie nicht aus der, äuſserlich in ihr liegenden Absicht vornehme [3.].

§. 120.

Fort-setzung. Die vermuthete Einwilligung kann, als etwas ungewisses, in der Regel keine Rechtsverhältnisse erzeugen, wenn es nicht die Gesetze besonders vorgeschrieben haben. Hieher gehört die wichtige Regel, daſs aus dem Stillschweigen zwar nicht im Ganzen [1.], aber doch ausnahmsweise dann eine wahre Einwilligung vermuthet wird, wenn der eine die Geschäfte des andern besorgt, ohne daſs jener widerspricht, oder wenn Jemand von ihm pflichtmäſsig zu verhindernde Handlungen wissentlich geschehen läſst [2.].

§. 121.

Ratihabition. Die Einwilligung bey einem Geschäft kann gleich Anfangs gültig ertheilt werden, oder erst in der Folge [1.]. Ist das letzte, so kann entweder der Urheber des Geschäfts selbst in der Folge seine Billigung zu erkennen geben, oder ein Dritter, welcher dabey interessirt ist. In jenem Fall wird dasselbe vom Augenblick der Genehmigung an gültig [2.]. Im letzten Fall hingegen muſs man unterscheiden: entweder wird durch die Genehmigung eines Dritten ein Geschäft als gültig anerkannt, welches ohne sie null und nichtig wäre, oder nicht. In jenem Fall wird die Genehmigung auf den Anfang des Geschäfts zurückgezogen [3.], in diesem hingegen wirkt sie auch, aber nicht rückwärts [4].

[3.] Müller ad Leyser Obs. 572.

[1.] L. 142. de R. I. (50. 17.) C. 43. de R. I. in 6. (5. 11.) H. de Cocceii de silentio (Ex. T. 1. n. 43.) H. Brokes Obs. 6. Cramer de tacente consentiente (Op. T. 2.) Snetlage de consens. tacito et silentio. Harder. 1774. Götz Beytr. 2. B. 4. St. N. 26.

[1.] I. H. Meier de iure ratihabit. Giess. 1720. de Neufville de ratificatione nociva ex tacit. consens. induct. Alt. 1724. [2.] L. 65. §. 1. de ritu nupt. (23. 2.). [3.] L. 7. C. ad SCt. Maced. (4. 28.) L. 25. C. de donat. int. V. et U. (5. 16.). G. L. Boehmer de necess. parent. consens. in nupt. liberor. cap. 4. §. 6. (Elect. T. 1. n. 16.). [4.] L. 9. de negot. gest. (3. 5.) L. 3. C. eod. (2. 19.) L. 3. C. de R. V. (3. 32.) Meine Vers. 2. B. n. 10.

§. 122.

Einleitung zum Folgenden.

Zu einem rechtlichen Geschäft gehört die physische oder juristische Fähigkeit einer rechtlichen Absicht, so wie, daſs dieselbe nicht durch Irrthum vernichtet, oder durch Drohung, Gewalt, oder Arglist eines Dritten zu einer unwillkührlichen Handlung werde. Das Römische Recht hat hierüber nur in Betreff Einer Art rechtlicher Geschäfte, nämlich der Verträge, allgemeine Grundsätze aufgestellt, welche sich am schärfsten in der Lehre von den Verträgen entwickeln lassen, und dann sehr leicht analogisch auf die andern Arten der Rechtsgeschäfte angewandt werden können. Da die allgemeinen Grundsätze von den Verträgen in alle Theile des Privat- und Regierungsrechts eingreifen: so sind diese hier besonders auszuheben [1.].

Zweytes Capitel.

Ueber Verträge insbesondere.

§. 123.

Vertrag.

Ein Vertrag ist die von mehreren Personen sich wechselsweise gegebene Einstimmung über die Begründung gewisser rechtlicher Verhältnisse. Die allgemeine Natur der Verträge ist durch die Beantwortung der vier Fragen erschöpft: wer kann einen Vertrag schliessen? wie muſs die Einwilligung beschaffen seyn? welches sind die Gegenstände, und welches die Wirkung der Verträge?

§. 124.

I.) Wer kann ihn schlieſsen?

Nur die Personen, welche einer Einwilligung fähig sind, können Verträge schlieſsen. Unfähig sind also 1.) alle, welche ihres Verstandes nicht mächtig sind [1.], so lange als dieser Zustand dauert [2.], mithin auch völlig Betrunkene [3.] und Zornige, sofern nämlich die letzten nicht nachher

[1.] Vergl. überh. Vinnius de pact. et transact. Noodt de pact. (op. T. 1.). Griesinger v. d. Verbindl. d. Vertr. Tübing. 1793.

[1.] §. 8. I. de inutil. stipul. (3. 20.) L. 5. 40. de R. I. (50. 17.) [2.] L. 18. §. 1. de A. l. A. P. (41. 2.). [3.] c. 14. X. de

auf dem beharren, was sie im Zorn thaten [4.]. Unfähig sind ferner 2.) alle, welche das bürgerliche Recht dafür erklärt. Dahin gehören unbedingt Kinder, einen einzigen, in der Lehre vom Besitz zu erläuternden Fall abgerechnet [5.], und alle (freylich unter manchen in der Lehre von der Vormundschaft zu erörternden Beschränkungen), welche minderjährig sind, und unter Vormündern stehen.

§. 125.

II.) Was gehört zur Einwilligung? 1.) vollendete Uebereinkunft.

Zur völlig bindenden Einwilligung gehört 1.) die wirkliche, und von dem andern angenommene Erklärung, sich verbindlich zu machen. Die gewöhnlichen Complimente, dafs man z. B. mit allem zu Dienste stehe, verbinden daher, selbst wenn sie einer frommen Stiftung gemacht werden, eben so wenig [1.], als wenn das, was den Gegenstand eines Vertrags ausmachen soll, noch der Ueberlegung der Contrahenten überlassen ist (Tractaten). Sind die Hauptpunkte eines Vertrages festgesetzt (Punktation), und nur noch die Nebentheile der weiteren Vereinbarung überlassen: so ist allerdings eine bindende Einwilligung vorhanden [2.].

§. 126.

Ueber die Arrha insbesondere.

Nicht selten geben sich die Contrahenten eine kleine Summe, zum Zeichen, dafs sie in vertragsmäfsigen Verhältnissen stehen. Diefs nennt man Handgeld, oder Arrha [1.]. Wird die Arrha zum Zeichen eines wirklich vollkommen abgeschlos-

vit. honest. clericor. (3. 1.). [4.] L. 48. de R. I. (50. 17.). Meine Theor. d. log. Ausl. S. 182. 183. [5.] §. 10. I. de inutil. stip. (3. 20.) L. 70. de V. O. (45. 1.) L. 3. C. de acquir. vel retin. poss. (7. 32.).

[1.] Cap. 6. X. de institution. (3. 7.). Thomasius de promiss. rei incert. §. 21 — 29. Auch steht L. 39. §. 1. de fideicomm. lib. (40. 5.) nicht im Wege. [2.] P. Müller de minuta vulgo v. Punctationen. Ien. 1690. Petermann de valore pactor. quib. praeparant. contr. Lips. 1790. Danz Handb. d. D. R. 2. B. §. 185.

[1.] Lauterbach de arrha eiusque iure. Tub. 1657. Thomasius de arrhis emtion. Hal. 1702. I. H. Reuter de pacto imperf. data. Hal. 1747. L. A. Limmer de arrhis emtion.

senen Vertrags gegeben, so heifst sie arrha pacto perfecto data; soll sie dagegen nur zum Zeichen eines künftig zu schliefsenden Vertrags dienen, so erhält sie den Namen arrha pacto imperfecto data. Im letzten Fall verliert der, welcher die Vollendung des Vertrags verweigert, die von ihm gegebene Arrha, und wenn er eine solche empfangen, aber nicht gegeben hat, so mufs er das Empfangene doppelt herausgeben [2.]. Die erste hingegen dient im Zweifel nur zum Zeichen der unumstöfslichen Verbindlichkeit des Vertrags, und nur dann, wenn es besonders ausgemacht ist, kann ein Contrahent, gegen den Verlust derselben, den Vertrag einseitig wieder aufheben [3.]. Daher die Eintheilung in arrha confirmatoria und poenitentialis. Die erste ist mit dem sogenannten Weinkauf (nummus bibalis), dem Gottespfennig, und dem Angelde nicht zu vermengen [4.].

§. 127.

2.) Mangel eines Irrthums.

Es mufs ferner 2.) die Einwilligung denselben Gegenstand betreffen. Geschieht diefs nicht, so ist ein Irrthum vorhanden, welcher sowohl das Nicht- als Falsch-Wissen begreift [1.], aber überhaupt nur insofern in Betracht kommt, als er nicht durch grobe Nachlässigkeit verschuldet ist [2.], und wirklich erweislich gemacht wird [3.].

§. 128.

Fortsetzung über den Irrthum.

Was die Wirkungen des Irrthums betrifft, so unterscheide man: I.) beyde Theile irren (error bilateralis). Wird in diesem Fall 1.) der Irrthum als ein wesentlicher (essentialis) an-

imperfect. Goett. 1768. [2.] pr. I. de emtion. et vend. (3. 24.) L. 17. C. de fide instrum. (4. 21.). [3.] L. 3. 6. C. de rescind. vend. (4. 44.). Meditat. über versch. R. M. 6. B. n. 543. [4.] Stryk U. M. L. 18. T. 1. §. 12. Wernher lect. c. ibid. §. 6.

[1.] L. 7. 8. de iur. et fact. ignor. (22. 6.). S. überh. Felz D. 1. 11. de error. in contr. Argent. 1713. 1719. Gundlingiana 13. St. n. 1. Struv de effect. error. in contract. Kil. 1749. [2.] L. 16. §. 1. L. 45. de contr. emt. (18. 1.) L. 16. §. 2. de liberal. causs. (40. 12.) L. 15. C. de resc. vend. (4. 44.). [3.] Meine Vers. 2. B. S. 140—143.

gesehen, so ist jedes Geschäft nichtig [1.]. Hieher gehören die Fälle: A.) wenn jeder einen ganz verschiedenen, oder nicht existirenden Gegenstand, als existirend, im Sinn hat [2.]; B.) wenn über wesentliche Eigenschaften des Vertrags, oder dessen Gegenstandes geirrt wird. Dahin gehört, a.) wenn sich Jemand eigne, oder dem Commerz entzogene Sachen bedingt [3.]; b.) wenn dem, welcher sich einen Preis bedingt, weniger, als er denkt, versprochen wird. Wird ihm mehr versprochen, so ist bloſs dieſs Mehrere hinfällig [4.]. c.) Wenn die behandelte Substanz nicht gröſstentheils vorhanden [5.], und der Vertrag kein solcher ist, wobey nur Ein Theil dem andern etwas verspricht [6.]; d.) wenn die Contrahenten über ihre Personen irren, jedoch nur dann, wenn ein solcher Irrthum zugleich einen wesentlichen Irrthum über den Gegenstand des Vertrags zur Folge hat [7.], und zwar deswegen, weil ein Irrthum über die Bewegungsgründe in der Regel [8.], nur wenige Fälle ausgenommen [9.], ohne allen Einfluſs ist; e.) wenn über die Art des Vertrags keine Einstimmung Statt findet [10.]. Ist dagegen 2.) der Irrthum nicht wesentlich (non essentialis, concomitans), so besteht das Geschäft, doch kann A.) in zweydeutigen Fällen der, welcher etwas weggeben soll, verlangen, daſs das, was er dachte, vorgezogen werde [11.], wenn aber B.) der Vertrag bestimmt ist, so muſs man wieder unterscheiden: a.) es hat Jemand von einer Sache gegen einen Preis zuviel versprochen, oder weggegeben: in diesem Fall kann er, wenn es möglich ist, das Zuviel einbehalten, oder zurückfordern [12.], sonst aber verhältniſsmäſsige Erhöhung des Preises fordern [13.]. Hat er aber b.) gegen einen Preis zu wenig

[1.] L. 57. de O. et A. (44. 7.). [2.] L. 9. pr. L. 57. pr. de contr. emt. (18. 1.) L. 83. §. 1. L. 37. §. 1. de V. O. (45. 1.) L. 34. pr. de A. l. A. P. (41. 2.). [3.] L. 16. pr. L. 22. 23. 24. 62. §. 1. de contr. emt. (18. 1.). [4.] L. 9. pr. de contr. emt. (18. 1.) L. 52. locat. (19. 2.). Meine Vers. 2. B. 4. Abh. n. I. [5.] L. 9. §. 2. L. 14. L. 41. §. 1. L. 57. de contr. emt. (18. 1.). [6.] L. 1. §. 2. de pignor. act. (13. 7.) L. 22. de V. O. (45. 1.) L. 20. pr. de furt. (47. 2.). Averan interpr. L. 1. c. 19. [7.] Meine Vers. a. a. O. n. III. [8.] L. 65. §. 2. de cond. indeb. (12. 6.) L. 34. pr. de contr. emt. (18. 1.). [9.] L. 58. eod. L. 5. §. 1. de act. E. V. (19. 1.). Meine Vers. a. a. O. n. II. [10.] L. 9. pr. de contr. emt. (18. 1.). [11.] L. 138. §. 1. de V. O. (45. 1.). [12.] L. 18. §. 3. de dolo mal. (4. 3.). [13.] L. 40. §. 2.

erhalten, so ist, durch Einbehalten oder Zurückfordern, eine verhältnifsmäfsige Verkürzung des Preises erlaubt [14.].

§. 129.

Fortsetzung.

II.) Ist der Irrthum einseitig (unilateralis), d. h. der eine irrt, und der andre weifs diefs, so unterscheide man: a.) der Promittent ist im Irrthum. Weifs dann A.) der Acceptant, dafs ihm etwas schlechteres versprochen wird, als der Promittent zu versprechen denkt, so gilt das Geschäft, doch kann es der Promittent durch eine Einrede entkräften, wenn dem Gegenstande wesentliche Eigenschaften fehlen [1]. Ist aber B.) dem Acceptanten bekannt, dafs ihm mehr, oder etwas besseres versprochen wird, als der Promittent denkt, so ist entweder a) der Irrthum wesentlich: alsdann ist das Geschäft nichtig; oder b.) aufserwesentlich: dann kann des Irrthums wegen nur Entschädigung verlangt werden, wiewohl es möglich ist, dafs sich aus andern Gründen (z. B. der Arglist wegen) gänzliche Vernichtung des Geschäfts fordern läfst. Wenn aber 2.) der Acceptant im Irrthum ist, so ist entweder A.) der Irrthum wesentlich: dann mufs der Vertrag (die Entschädigung vorbehältlich) ungültig seyn; B.) aufserwesentlich. In diesem Fall hat der Irrende sich über nichts zu beklagen, wenn ihm sein Irrthum nutzt; schadet er ihm hingegen, so kann er als Irrender nur Entschädigung verlangen, nicht aber Ungültigkeit des Geschäfts, wenn er nicht aus andern Gründen zu dieser Forderung berechtigt ist [2.].

§. 130.

3.) eines Betrugs.

Es darf ferner 3.) bey einem Vertrage kein Betrug (dolus) Statt finden [1.]. Im Allgemeinen bezeichnet man durch den Ausdruck dolus alles, was nicht auf dem geraden Wege geschieht. Ist diefs ju-

de contr. emt. (18. 1.). [14.] L. 4. §. 1. L. 42. de act. E. V. (19. 1.) L. 57. pr. de contr. emt. (18. 1.) L. 69. §. 6. de evict. (21. 2.).

[1.] L. 54. §. 3. L. 57. §. 2. de contr. emt. (18. 1.). [2.] Vergl. überh. Meine Vers. a. a. O. n. V.

[1.] Braun vom Betruge in Verträgen. (Erlang. gel. Zeit. 1752. n. V.) Gmelin zur Beobacht. 2. B. n. 13. G. Noodt de forma emendand. dol. mal. (op. T. 1.). Wehrn doctr.

ristisch erlaubt, so nennt man ihn dolus bonus, im entgegengesetzten Fall dolus malus [2.]. War der letzte mit einer Verstellung verknüpft, so wird er ein heimlicher (clandestinus), im entgegengesetzten Fall ein öffentlicher (manifestus) genannt. Auf die Ungültigkeit eines Vertrages hat nur der heimliche Einfluſs, jedoch unter sehr verschiedenen Bestimmungen, je nachdem der eine Contrahent durch Arglist des andern überhaupt zur Eingehung des Geschäfts, oder nur zur Billigung einer Nebenstimmung bewogen ward. In jenem Fall nennt man ihn einen Hauptbetrug (dolus caussam dans), in diesem einen Nebenbetrug (incidens) [3.], eine Eintheilung, welche in der Natur der Sache und den Gesetzen gegründet ist [4.].

§. 131.

Fortsetzung.

Rührt in einem Contract I.) der Betrug von den Contrahenten her, und zwar 1.) nur von dem einen Theile, so macht A.) der incidens das Geschäft nicht ungültig, sondern er begründet nur Ansprüche auf Entschädigung, welche durch Einreden oder Klagen zu verfolgen sind, und zwar in bonae fidei negotiis durch die Contracts-Klage, in andern durch die actio de dolo, wenn man sich nicht auf den Fall des Betrugs eine besondere Klage ausgemacht hat [1.]. Um so weniger kann daher der Betrüger von dem Geschäft abgehen [2.]. Ist aber der Betrug B.) caussam dans, so wird dadurch a.) ein bonae fidei negotium, wenn der Betrogene nicht mit Schadensersatz zufrieden seyn will, schlechthin nichtig [3.]; doch kann das Gegebene nur von dem Empfänger, nicht aber von dem Dritten abgefordert werden [4.].

iur. explicat. princ. damni etc. cap. 2. [2.] L. 1. §. 2, 3. de dol. mal. (4. 3.). E. Otto de dolo bono. (Dissert. n. 10.) I. C. Winter de eo quod iustum est circa dol. bon. Helmst. 1716. [3.] Nettelbladt de doli incident. et causs. dant. in contract. effect. Hal. 1744. [4.] L. 7. pr. de dol. mal. (4. 3.) L. 13. §. 4. de act. E. V. (19. 1.). A. M. ist Noodt l. c. cap. 14.

[1.] L. 13. §. 4. 5. L. 32. L. 49. pr. de act. E. V. (19. 1.) L. 7. §. 3. de dolo mal. (4. 3.). [2.] L. 13. §. 4. 5. cit. L. 48. §. 1. de aedil. edict. (21. 1.). A. M. ist Hellfeld iurispr. for. §. 296. [3.] L. 7. pr. de dol. mal. (4. 3.) L. 21. solut. matrim. (24. 3.). Vinnii qu. sel. L. 1. c. 12. Coccei I. C. L. 4. T. 3. qu. 3. [4.] L. 10. C. de resc. vend. (4. 44.).

Ist das Geschäft aber b.) stricti iuris, so muſs dagegen (wie unten in der Lehre von der Restitution weiter zu zeigen ist) Wiedereinsetzung gesucht werden. Verfuhren 2.) beyde Theile arglistig, so vernichtet freylich A.) der dolus caussam dans das ganze Geschäft, und kein Theil hat gegen den andern auf Entschädigung eine Klage [5.]; hingegen kann B.) der incidens nicht das Geschäft, sondern nur die gegenseitigen Ansprüche auf Schadensersatz, so weit sie gleich sind, vernichten [6.]. Rührt endlich II.) der Betrug von einem Dritten her, so darf der Betrogene, wenn er 1.) von seinen Mitcontrahenten vermöge der Natur des Contracts Entschädigung erhalten kann, den Betrüger gar nicht in Anspruch nehmen, wohl aber 2.) wenn jenes nicht möglich ist [7.]. Weiter kann aber dem Betrognen, selbst wenn der Betrüger insolvent seyn sollte, nicht geholfen werden [8.].

§. 132.

4.) eines Zwanges.

Im Ganzen sehr ähnliche Wirkungen bey Verträgen hat 4.) der Zwang [1.], es bestehe derselbe nun in wirklicher Gewalt (vis), d. h. der Anwendung eines zwingenden Uebels, oder bloſs in Erregung einer Furcht (metus), durch Androhung eines künftigen Uebels [2.], jedoch auch hier wieder mit Unterscheidung zwischen einem Haupt- und Nebenzwange.

Die ganze Lehre von den Condictionen, verglichen mit §. 14. I. de act. (4. 6.), und richtigen Begriffen über den Irrthum, ist auch dafür. A. M. s. Voet C. L. 4. T. 3. §. 3. Boehmer ius D. ibid. §. 5. [5.] L. 36. de dol. mal. (4. 3.) L. 34. §. 3. L. 57. de contr. emt. (18. 1.) L. 4. §. 23. de dol. mal. et met. except. (44. 4.) L. 154. de R. I. (50. 17.). [6.] arg. L. 39. sol. matr. (24. 3.) L. 34. pr. de contr. emt. (18. 1.). [7.] L. 1. §. 8. L. 2. — L. 7. pr. L. 18. §. 5. de dol. mal. (4. 3.) L. 2. de proxenet. (50. 14.). [8.] A. M. s. Leyser Sp. 59. M. 4. Sp. 296. M. 9. Glück Comment. §. 296. Allein s. Meine Vers. 2. B. 4. Abh. Nr. VII.

[1.] N. H. Gundling de singular. efficent. metus etc. Hal. 1711. I. H. Boehmer de except. met. iniusti in stat. natural. et civil. Hal. 1720. I. C. Rudolphi de effect. met. in pact. et contr. Erl. 1760. Siebenkees jur. Mag. 2. B. S. 156. fgg. G. F. Walch de negot. et act. vi metuve extort. Jen. 1790. C. v. Lennep de eo quod met. c. gest. Lugd. 1786. [2.] L. 1. quod. met. causs. (4. 2.).

§. 133.

Fortsetzung. Damit Frucht und Gewalt als Grund angesehen werden können, den dadurch Bewogenen von Verbindlichkeiten zu befreyen, müssen wirkliche, und zwar ungerechte Zwangsmittel und Drohungen Statt gehabt haben, denen auch der gesetzte Mensch in der Regel nicht zu widerstehen vermag [1.]. Es ist also 1) keine Entschuldigung für den Gezwungenen, wenn der, welcher den Zwang anwandte, dazu rechtlich befugt war (metus iustus ex parte inferentis), oder 2) wenn er sich, es sey nun durch die Rücksicht auf das Ansehn einer Person (metus reverentialis), ohne daſs diese Zwang anwandte [2.] oder durch andere Vorstellungen, welche durch keine Drohung erregt wurden, fortreiſsen lieſs [3.]; so wenig als 3) wenn er den Uebeln widerstehen konnte, oder sie als rechtlichen Mann nicht zu fürchten brauchte, wie z. B. die Bedrohung mit einer infamirenden Klage [4.].

§. 134.

Fortsetzung. In Ansehung der Wirkungen eines ungerechten Zwanges unterscheide man I.) Er rührt von einem der Contrahenten her. Ist dieſs, so bewirkt 1.) der incidens nur Ansprüche auf Schadenersatz [1.], hingegen 2.) der caussam dans, wenn er A.) unter Androhung gesetzmäſsiger Gewalt ausgeübt ist, unbedingt Nichtigkeit des Geschäfts [2.]. Ist er B.) von andrer Art, so ist a.) ein stricti iuris negotium, und ein dissolvirendes Geschäft nicht ipso iure nichtig, sondern es muſs dagegen Restitution gesucht werden [3.], während b.) ein constituirendes bonae fidei negotium (und nach den von diesem geltenden Grundsätzen sind jetzt [4.]

[1.] L. 3. §. 1. 4. L. 7. L. 8. L. 22. h. t. (4. 2.) L. 4. 9. C. eod. (2. 20.). [2.] L. 6. C. h. t. (2. 20.) L. 22. de rit. nupt. (23. 2.) cap. 14. 15. X. de sponsal. (4. 1.). Vergl. mit Willenberg de metu reverent. Gedan. 1707. Gail L. 2. Obs. 95. N. 22. Lauterbach coll. L. 4. T. 2. §. 15. [3.] L. 21. pr. h. t. (4. 2.). [4.] L. 7. pr. l. c. L. 9. 10. C. eod. (2. 20.) S. auch nach Huber pr. ad P. L 4. T. 2. §. 2. Hübner über Ehre und Ehrlosigkeit S. 139 — 143.

[1.] L. 5. C. h. t. (2. 20.). [2.] L. 11. 12. C. eod. L. 5. C. de cond. ob turpem causs. (4. 7.) L. 1. C. de concuss. (47. 15..). [3.] §. 1. I. de except. (4. 13.) L. 9. §. 3. L. 21. §. 4. h. t. (4. 2.) L. 5. C. de inutil. stipul. (8. 39.). [4.] nach cap. 2. 4. X. de his quae vi (1. 40.) cap. un eod. in 6.

alle Geschäfte zu behandeln) schlechthin dadurch vernichtet wird [5.], wiewohl dem Gezwungenen, sofern es ihm vortheilhafter ist, auch die Rechtsmittel des Restuirten gestattet werden [6.]. Hat II.) ein Dritter den Zwang angewandt, aber 1.) nicht direct in der Absicht, die dadurch bewirkte Handlung dadurch zu erpressen; so kann der Gezwungene diess gegen seinen Contrahenten nicht anführen [7.], es kommt ihn aber 2.) unbedingt gegen diesen zu Statten, wenn durch den Zwang die daraus erfolgte Handlung bezweckt ward [18.], doch versteht es sich, dass der nicht gezwungene Contrahent, welcher hierunter leidet, sich an dem Zwingenden erholen kann.

§. 135.

5.) Ernstliche Einwilligung.

Die Einwilligung muss endlich 5.) von beyden Seiten ernstlich seyn, und nicht zum Schein (simulatio) gegeben werden [1.]. Soll ein solcher Scheinvertrag nicht zur Bemäntelung eines andern dienen, so ist er, als Spielerey, ganz hinfällig, doch kann er, wenn er arglistig zur Berückung eines Dritten geschlossen ward, diesen zu Entschädigungsforderungen berechtigen [2.]. Dient er hingegen zur Verdeckung eines andern Geschäfts, so ist er nichtig, wenn dieses ungültig, gültig hingegen, wenn dieses an sich rechtsbeständig war; doch wird dann nicht das simulirte, sondern das intendirte Geschäft als Inhalt des Vertrages angesehen [3.).

(1. 20.). [5.] L. 14. §. 13. L. 21. §. 3. 4. h. t. (4. 2.) L. 3. §. 8 de vi bon. raptor. (47. 8.) L. 13. de sponsal. (23. 1.). L. 22. de ritu nupt. (23. 1.) L. 116. de R. I. (50. 17.) L. 1. C. de resc. vend. (4. 44.). A. M. ist Höpfner im Comm. §. 1005. [6.] L. 4. C. h. t. (2. 20.). [7.] L. 9. §. 1. h. t. (4. 2.) Voet Comm. eod. §. 1. [8.] L. 14. §. 3. h. t. (4. 2.). Die Worte eo sciente in L. 5. C. eod. (2. 20.) sind demnach bloss als enunciativ zu betrachten. A. M. ist Glück Comm. 4. B. S. 180. 181.

[1.] H. de Cocceii de simulat. Frkf. 1693. (Exer. vol. 1. n. 89.) Cocceii ius contr. L. 18. T. 1. qu. 52-55. I. S. F. de Lichtenstein de simulat. circa matrim. Goett. 1743. [2.] L. 55. de contr. emt. (18. 1.) L. 54. de O. et. A. (44. 7.) L. 21. C. de transact. (2. 4.). Leyser Sp. 42. m. 5. [3.] L. 6. §. 1. de act. E. V. (19. 1.) L. 24. L. 26. §. 1. depos. (16. 3.) L. 36. 38. de contr. emt. (18. 1.) L. 46. locat. (19. 2.).

§. 136.

II.) Ueber welche Sachen? In der Regel können alle Sachen, körperliche sowohl als unkörperliche, gegenwärtige und zukünftige Gegenstand eines Vertrags seyn [1.]. Verspricht Jemand für etwas Zukünftiges, es werde nun wirklich, oder nicht, eine Gegenleistung, so nennen viele diefs pactum de spe; wenn er hingegen seine Gegenleistung von der Existenz des zukünftigen Dinges abhängig macht, pactum de re sperata [2.].

§. 137.

Fortsetzung. Es kann ferner nicht blofs eine specielle Sache zum Gegenstande eines Vertrags gemacht werden, sondern auch eine Gattung, nur mufs diese nicht so unbestimmt angegeben seyn, dafs durch eine, den Worten gemäfse Wahl der Vertrag lächerlich gemacht werden kann [1.]; auch darf das, was ein Contrahent zu leisten hat, nicht der blofsen Willkühr desselben anheim gegeben werden [2]. Dem billigen Ermessen desselben kann man in bonae fidei negotiis die Bestimmung überlassen, welches denn zur Folge hat, dafs eine unbillige Bestimmung auf dem Wege Rechtens angefochten werden kann [3.]. Auch ist es erlaubt, einen Dritten (arbitrator) zu jenem Zweck zu wählen, welcher freylich durch Ablehnung dieser Wahl den ganzen Vertrag vereiteln, dessen Ausspruch aber, wenn er erfolgt und unbillig ist, gleichfalls durch eine sogenannte reductio ad arbitrium boni viri bestritten werden kann [4.].

[1.] L. 8. pr. §. L. 54. §. 2. de contr. emt. (18. 1.) L. 69. de V. O. (45. 2.). [2.] Die Terminologie ist indefs nicht bey allen gleich. S. Höpfner Comm. §. 740. 866. Schütte de eo quod iustum est circa rer. futur. vendit. Erf. 1743. Westphal v. d. Handel über künft. ungewifs. Gewinn. Halle 1783.

[1.] L. 75. §. 1. L. 94. L. 115. pr. de V. O. (45. 1.) §. 22. I. d. legat. (2. 20.) L. 37. pr. de legat. I. (30.) L. 60. de V. S. vergl. mit Averan int. L. 4. c. 14. Thomasius de promiss. rei incert. §. 35. Gebauer de opt. vel elect. legat. c. 3. [2.]. L. 7. pr. de contr. emt. (18. 1.) L. 46. §. 3. L. 108. §. 1. de V. O. (45. 1.) L. 13. C. de contr. emt. (4. 38. [2.]. L. 1. 3. C. de dot. promiss. (5. 11.) L. 24. pr. locat. (19. 3.) L. 69. §. 4. de jur. dot. (23. 3.) L. 17. L. 108. §. 1. de V. O. (45. 1.) Gothofred comm. ad L. 22. de R. I. Struv evol. contr. L. 18. T. 1. Th. 19. [4.] §. 1. I. de emt. vend.

§. 138.

Fortsetzung. Handel in Bausch und Bogen.

Wenn der Gegenstand eines Vertrags bestimmt ist, so kann er es durchaus seyn, oder nur in gewissem Betracht. Unter die letzte Rubrik gehört also der Vertrag, wodurch Jemand eine Sache in Bausch und Bogen (per aversionem) d. h. ein aus mehreren Theilen bestehendes Ganzes so überlassen wird, dafs er, Statt sich das Einzelne zuzählen, oder zumessen zu lassen, das Ganze annimmt [1.]. Der, welchem das Ganze zufällt, behält dann dasselbe, wenn es auch mehr, als er erwartete, enthalten sollte; der andre hingegen braucht im Zweifel, auch wenn er im Allgemeinen (demonstrative) ein Maafs angegeben haben sollte, das Fehlende nicht zu ersetzen, wozu er nur dann gehalten ist, wenn er sich bestimmt (restrictive s. modificative) dazu anheischig gemacht hat [2.].

§. 139.

Fortsetzung. Honorarium.

Es kann bey Verträgen von beyden, oder nur von einer Seite etwas bedungen werden. Läfst sich Jemand etwas für Dienste versprechen, welche keinen Marktpreis haben, wohin besonders die Ausübung liberaler Künste gehört, so heifst diefs Honorarium; doch bezeichnet man durch diesen Ausdruck auch dasjenige, was freywillig für unentgeltlich zu leistende Dienste gegeben wird [1.].

§. 140.

Fortsetzung. Fremde Handlungen und Sachen.

Nur das, was von den Contrahenten erworben und veräufsert werden kann, läfst sich vollgültig zum Gegenstande eines Vertrags machen. Es kann sich also 1.) Niemand das bedingen, was er schon hat, insofern es

(3. 24) L. 76. pro socio (17. 2.) Vinnii qu. sel. L. 1. c. 16. Stryk U. M. L. 17. T. 2. §. 6—13. Cocceii I. C. L. 4. T. 8. qu. 1. 7. 8. 9. 10. L. 18. T. 1. qu. 26.

[1.] I. I. Fabri de emt. vend. per aversiōn. Aurel. 1683. Best ratio emend. leg. cap. 8. [2.] L. 13. §. 14. de act. E. V. (19. 1.) L. 4. §. 1. 2. de peric. et comm. r. v. (18. 6).

[1.] A. F. Trendelenburg de honorario. Kil. 1775.

nämlich schon unbedingt sein ist [1.]. Eben so wenig kann 2.) dasjenige vollgültig versprochen werden, worüber der Promittent nicht zu schalten befugt ist. Deswegen ist denn A.) kein bindender Vertrag über unmoralische, widerrechtliche [2.] oder fremde Handlungen denkbar, wenn nicht das Versprechen der letztern bloſs dahin geht (und so versteht man jetzt alle Verträge dieser Art), daſs man sich bemühen wolle, den Dritten zu einer Handlung zu bewegen [3.]; eben so ist B.) jeder Vertrag unvollkommen, welcher über dem Verkehr entzogene Sachen, es sey dieſs nun absolut, oder nur in Beziehung auf die Contrahenten geschehen, eingegangen ward [4.], wiewohl wenn beyden Theilen, oder nur einem, die Beschaffenheit der Sache unbekannt war, aus dem Vertrage für den Irrenden allerdings persönliche Ansprüche gegen den andern entspringen [5.].

§. 141.

Fortsetzung.

Unter diese letzte Rubrik gehören auch in gewissem Betracht fremde Sachen, jedoch unter folgenden Bestimmungen: was Jemand eigenes an einer fremden Sache hat, kann er, Falls es nicht besonders verboten ist, auf einen andern übertragen [1.]; ist aber von wirklich fremden Gut die Rede, so ist a.) die Uebertragung auf den Fall des künftigen Erwerbes unbedingt erlaubt [2.], so wie b.) wenn der Dritte ausdrücklich oder stillschweigend einwilligt, es sey vor, oder nachher [3.]. Die Ratihabition wirkt sogar rückwärts [4.], doch versteht es sich, daſs erworbenen Rechten eines Dritten dadurch nicht geschadet werden kann [5.]. Ist der

[1.] L. 29. L. 34. §. 4. L. 61. de contr. emt. (18. 1.). [2.] L. 6. §. 3. L. 22. mandati (17. 1.). [3.] §. 3. 21. I. de inutil. stipul. (3. 20.) L. 15. de cond. instit, (28. 7.) L. 35. pr. §. 1. de V. O. (45. 1.) Höpfneri Comment. §. 737. not. 4. [4.] L. 4. L. 5. pr. L. 34. §. 2. de contr. emt. (18. 1.) [5.] §. 5. I. de emt. vend. (3. 24.) L. 4. 5. 6. L. 22. 23. 24. L. 34. §. 2. L. 62. §. 1. L. 70. de contr. emt. (18. 1.).

[1.] L. 1. 2. C. si pignus pignori (8. 24.) L. 6. C. de locat. conduct. (6. 65.). [2.] L. 1. pr. L. 15. §. 1. de pignor. (20. 1.). [3.] L. 20. pr. L. 26. §. 1. L. 27. de pignor. Act. (13. 7.) L. 20. quib. in causs. pign. vel hyp. (20. 2.). [4.] L. 16. §. 1. de pignor. (20. 1.). [5.] C. G. Gmelin de juro pignor. vel hypoth. quod creditori debitor in re sibi non prop. constit. §. 46. vergl. jedoch mit Westphal Pfandr. §. 116.

Fall hingegen c.) nicht von dieser Art, so erzeugt der Vertrag, wenn beyden Contrahenten die Beschaffenheit der Sache unbekannt war, persönliche Rechte unter denselben [6.], so wie er nichtig ist, wenn das Gegentheil Statt fand [7.]. Wufste nur einer der Contrahenten um die Beschaffenheit der Sache, so ist diefs entweder der Promittent, oder der Acceptant. Im letzten Fall verpflichtet der Vertrag nur den Acceptanten, wiewohl er, wenn er eine Gegenleistung zu geben hat, diese durch eine Einrede zurückhalten kann, sofern der Promittent ihm die fremde Sache nicht geben kann [8.]; in jenem Fall hingegen ist der Vertrag, freylich ohne Nachtheil des Dritten, unter den Contrahenten vollgültig [9.].

§. 142.

IV.) Wirkungen der Verträge, Verhältnisse unter den Contrahenten.

Was die Wirkungen der Verträge betrifft, so ist es 1.) eine Hauptregel, dafs nur unter den Contrahenten Rechtsverhältnisse dadurch begründet werden, dafs also ein Dritter weder dadurch verpflichtet wird [1.], noch sich daraus Rechte zuschreiben kann [2.]. Es sind freylich, wie in der Folge erhellen wird, mancherley Ausnahmen hievon gemacht, allein die Regel ist nicht aufgehoben. Die Behauptung mancher, dafs ein Dritter jetzt nach dem Naturrecht aus dem zu seinem Vortheil geschlossenen Vertrage eines Dritten klagen könne [3.], setzt den zwiefach unmöglichen Beweis voraus, dafs das Naturrecht wirklich dem Römischen Recht widerstreite, und diesem vorzuziehen sey.

§. 143.

2.) Befreyung oder

Um 2.) die Wirkungen der Verträge unter den Contrahenten näher zu bestimmen, mufs

not. 138. [6.] L. 9. §. 4. de pignor. act. (13. 7.). [7.] L. 34. §. 3. de contr. emt. (18. 1.) [8.] L. 16. §. 1. de pignor. act. (13. 7.) L. 27. C. de evict. (8. 45.) L. 34. §. 3. de contr. emt. (18. 1.). [9.] L. 34. §. 3. cit. L. 30. §. 1. de act. E. V. (19. 1.)

[1.] L. 27. §. 4. de pact. (2. 14.) L. 25. C. eod. (2. 3.) L. 74. de R. I. (50. 17.) Tit. C. inter alios acta aliis non nocere (7. 60.) [2.] L. 11. de O. et A. (44. 7.) L. 38. §. 17. L. 126. §. 2. de V. O. (45. 1.) J. H. Boehmer de iure ex pacto tertii quaesito. Hal. 1735. [3.] Höpfner Comment. §. 738.

Verpflichtung. Hiebey der man zuvörderst A.) zwischen befreyenden (liberatoriis, negativis), und verpflichtenden (obligatoriis, affirmativis) unterscheiden. Jene heben eine bestehende Verbindlichkeit auf, und zwar entweder nach der Strenge des Rechts (ipso iure), oder nur nach der Billigkeit (iure exceptionis); diese hingegen setzen eine neue Verbindlichkeit, welche, wenn dem Vertrage alle rechtlichen Wirkungen beygelegt sind, nicht blofs durch Einreden, sondern auch durch Klagen verfolgt werden kann.

§. 144.

Unterschied zwischen contractibus und pactis. Bey den Römern wurden nur die blofs natürlichen, und durch simple Einwilligung entstandenen Verbindlichkeiten durch jeden Vertrag ipso iure vernichtet [1.], auch war es Regel, dafs aus verpflichtenden Verträgen nur eine Einrede entspringe [2.]. Sollte ein befreyender Vertrag andere Verbindlichkeiten ipso iure vernichten, oder ein verpflichtender klagbar seyn: so mufste eine besondere gesetzliche Bestätigung nachgewiesen werden. Diefs führt denn von selbst auf die Lehre der Römer über pacta und contractus [3.].

§. 145.

Fortsetzung. Schon durch das ältere Civil-Recht wurden viele Verträge für vollgültig und klagbar erklärt. Diese hiefsen contractus. Auch in den neuern Zeiten wurden manche bestätigt. Diese behielten aber, wenn sie nicht in den Gesetzen ausdrücklich contractus genannt wurden, den Namen pacta [1.], sie möchten nun durch das neuere Civil-Recht bestätigt seyn (pacta

[1.] L. 95. §. 4. de solut. (46. 3.) Vinnius ad §. ult. I. quib. mod. toll. oblig. (3. 30.). [2.] L. 1. pr. L. 7. §. 7. L. 40. §. 3. L. 45. de pact. (2. 14.) A. M. ist Höpfner Comm. §. 747. not. 6. Ueber das Geschichtliche dieser Materie vergl. Galvan de usufr. Diss. 16. n. 13. Noodt de pactis L. 1. c. 1. mit Griesinger v. d. Verb. d. Vertr. 1. B. 3. Cap. §. 5. not. o. [3.] Vergl. überh. I. D' Avezan contr. lib. 1. (Meermann Thes. T. 4.) Galvan de usufr. c. 16. 17. Noodt de pact. et transact. (op. T. 1.) c. 9 — 12. Langsdorf de pact. et contract. Romanor. Manh. 1772. auch deutsch mit Anmerk. v. Hugo im Civ. Mag. 1. B. 4. Hft. N. 18.

[1.] Vergl. Hugo Civ. M. a. a. O. S. 456 — 458.

ligitima), oder durch den Prätor (pacta praetoria). Die jetzigen Juristen pflegen diese in den neuern Zeiten bestätigten Verträge pacta non nuda s. vestita, alle andere unbestätigten hingegen pacta nuda zu nennen [2.].

§. 146.

Fortsetzung.

Die Theorie des Römischen Rechts über die Contracte [1.] ist folgende: a) jeder Vertrag kann zu einen Contract erhoben werden, wenn er in eine feyerliche Formel (stipulatio) eingekleidet wird. Ist diefs geschehen, so nennt man ihn einen Verbal-Contract. b.) Eine solenne Scriptur kann eben diefs bewirken, doch ist das, was man in den Institutionen L. 3. T. 22. unter der Rubrik der Literal-Contracte vorzutragen pflegt, ein sehr unpassendes Beyspiel hiefür [2.] c). Vier Verträge (emtio, locatio, mandatum, societas) sind durch das ältere Civil-Recht schon als blofse Verträge für vollgültig erklärt. Diese heifsen Consensual-Contracte. Endlich sind d) noch vier andere Verträge (mutuum, commodatum, depositum, pignus), in dem Fall namentlich für vollgültig erklärt, wenn zu der Einwilligung die wirkliche Leistung (res) hinzukomme. Diese heifsen Real-Contracte. In der Folge nahm die Praxis den allgemeinen Grundsatz an, dafs man bey jedem Vertrage durch die wirkliche Leistung seinem Mit-Contrahenten zur Gegenleistung vollgültig verpflichten könne. Weil die vorhingedachten vier Real-Contracte namentlich im Civil-Recht genannt waren, nicht aber die Verträge, welche unter den eben erwähnten Grundsatz gebracht werden können: so bezeichnete man jene durch die Benennung genannte, diese durch den Namen ungenannte Real-Contracte. Die letzten lassen sich auf die vier reinen Fälle: do ut des; do ut facias; facio ut des; facio ut facias reduciren, obgleich es scheint, dafs man Anfangs am geneigtesten war, blofs

[2.] Vergl. Cuiac. Obs. L. 11. c. 17. Vinnius de pact. c. 5. §. 5. Wachendorf de pact. nudis (in diss. triad.).

[1.] Vergl. überh. instit. L. 3. Tit. 14. fgg. L. 7. §. 12. de pact. (2. 14.) L. 3. de praescr. verb. (19. 5.). [2.] Langsdorf l. c. §. 5. 13. Meurer iur. Beob. 1. S. 3. Aufs. — Es giebt indefs Literal-Contracte, und zwar noch jetzt. L. 23. C. ad SCt. Velleian (16. 1.) L. 17. C. de fide instr. (4. 21.) vergl. mit Cocceii I. C. L. 12. T. 1. qu. 20. Hugo a. a.

aus den, mit einem wirklichen Geben beginnenden Geschäften eine Klage zu gestatten [3.]. Ein ungenannter Contract kann übrigens recht wohl im gemeinen Leben einen besondern Namen haben, und es ist eine leere Spielerey, ihn dann einen irregulairen zu nennen.

§. 147.

Fortsetzung.

Zwischen diesen ungenannten, und jenen genannten Contracten fanden übrigens mehrere merkwürdige Unterschiede Statt. Von den letzten, weil alle namentlich einzeln im Civil-Recht aufgeführt waren, producirte jeder eine besondere nach ihm benannte Klage. Die ersten hingegen erforderten, wegen ihrer unendlichen Mannigfaltigkeit, daſs in jedem einzelnen Fall die Klagformel nach den besonderen vorliegenden Umständen normirt ward. Die, aus allen auf Erfüllung zu richtende Klage hieſs daher allgemein actio praescriptis verbis, oder in factum [1.], wiewohl, wenn der Vertrag im gemeinen Leben einen besondern Namen hatte, dieser auch noch wohl als Zusatz hinzugefügt ward [2.]. Die genannten Contracte waren ferner schlechthin für vollgültig erklärt. Die Formel, der Consens, und die Leistung waren also bey ihnen nur letzter Grund der Vollendung des Geschäfts, und kein Contrahent konnte, wenn der Contract existirte, von demselben abgehen, vielmehr durfte die Contracts-Klage nur allein auf Erfüllung des Gegenversprechens angestellt werden [3.] Bey den ungenannten Contracten hingegen hatte man die Verbindlichkeit bloſs auf die geschehene Leistung gebauet. Dadurch wird aber nur der Empfänger verpflichtet. Der

O. S. 450. — 52. [3.] L. 7. §. 2. de pact. L. 5. §. 1, 2. 3. L. 15. f. 22. de praescr. verb. (19. 5.) §. 1. I. de locat. (3. 25.). Emminghaus ad Cocceii L. 19. T. 5. qu. ult. Reichhelm Vers. eines Beweises daſs der Römer nur zwey Arten der ungen. Contr. kannte. Hal. 1800. Hübner und Tittmann Bibl. 1800. 2. B. 2. Hft. n. 68.

[1.] Tit. P. de praescr. verb. (19. 5.) Cuiac not. prior. ad §. 2. I. locat. Schulting thes. contr. Dec. 74. Th. 4. V. Riemer de praescr. verb. et in fact. act. Jen. 1619. C. F. Meister de in fact. act. Goett. 1748. (op. T. 1 n. 7.). [2.] L. 1. de aestimat. (19. 3.) vergl. mit L. 17. §. 1. praescr. verb. (19. 5.) Cocceii I. C. L. 19. T. 5. qu. 13. [3.] Arg. L. 5. §. 1. praescr. verb. (19. 5.) L. 3. C. de resc. vend. (4. 44.) L. 2. C. quando liceat ab emtione disc. (4. 45.) L. 5. C. de

Geber konnte also die actio praescriptis verbis auf Erfüllung anstellen, er konnte aber auch, so lange die Gegenleistung nicht erfolgt war, oder der Empfänger zur Erfüllung des Vertrags keine, dem Empfangenen gleichkommenden Verwendungen gemacht hatte, durch die condictio ob caussam datorum, oder conditio caussa data, caussa non secuta das Gegebene schlechthin der Sinnesänderung wegen (ob poenitentiam) zurückfordern [4.]. Bey den, mit einem Thun angefangenen Verträgen fiel freylich nach der Natur der Sache, und beym Vergleich aus politischen Gründen diefs ius poenitendi weg [5.], auch war bey einigen genannten Contracten (z. B. der Societät) einseitige Aufhebung des Vertrags erlaubt. Allein dennoch ist das ius poenitendi ein **generisches** Merkmal der ungenannten Contracte [6.].

§. 148.

Fortsetzung. Die Pacta legitima und praetoria lassen sich nicht, wie die Contracte, auf Classen zurückführen, sondern müssen im speciellen Theil einzeln angegeben werden. Nur die einzige Regel läfst sich, durch Verbindung des prätorischen Rechts [1.], mit Justinians Vorschriften [2.] aufstellen, dafs jede existirende Verbindlichkeit, sie sey aus einem Vertrage entsprungen oder nicht, klagbar gemacht wird, wenn in Beziehung auf dieselbe das Versprechen, sie zu erfüllen geschieht [3.]. Man nennt diefs constitutum, und theilt es ein in constitutum debiti proprii und alieni, je nachdem das Versprechen in Beziehung auf eine eigne oder fremde Schuld geschieht [4.]. Die genauere Erörterung der Natur desselben gehört in den besondern Theil.

obl. et act. (4. 10.) [4.] L. 3. §. 3. L. 5. pr. §. 3. 4. de cond. caussa data causs. non sec. (12. 4.). Noodt prob. L. 4. c. 4. 5. I. van der Neck D. ad L. ult. de cond. c. d. c. non sec. (Oelrichs Thes. nov. V. II. T. II.). Andre Gründe jener Bestimmung vertheidigt Schilter ex. 24. §. 7. [5.] L. 65. §. 1. de cond. indeb. (12. 6.) L. 5. §. 3. 4. de praescr. verb. (19. 5.) L. 29. C. de transact. (2. 4.). [6.] A. M. ist Langsdorf l. c. §. 29.

[1.] Tit. P. de constit. pecun. (13. 5.). [2.] L. 2. C. eod. (4. 18.) §. 8. 9. I. de act (4. 6.) Theophili paraphr. ad §. 8. I. l. c. Salmasius de modo usurar. p. 721. fgg. [3.] Weber v. d. nat. Verb. §. 125. [4.] I. C. Koch de const. deb. alieni. Kil. 1777.

§. 149.

Fortsetzung.

Da Nebenberedungen bey unfeyerlichen Verträgen gewöhnlich und nothwendig sind, so nahmen die Römer den allgemeinen Grundsatz an, daſs alle der Natur eines klagbaren bonae fidei Geschäfts nicht widerstreitenden Nebenverträge, wenn man sie dem Hauptgeschäft sofort hinzufüge, als Theil desselben angesehen werden sollten, daſs also die aus dem Hauptgeschäft entspringende Klage auf Erfüllung derselben angestellt werden könne [1.]. Ward ein solcher Vertrag nach völligem Abschluſs des Geschäfts hinzugefügt, so erzeugte er nur eine Einrede, doch versteht es sich von selbst, daſs wenn ein Consensual-Geschäft nachher durch einen simpeln Vertrag in seinen wesentlichen Theilen umgewandelt ward, dieses neue Geschäft, als wirklicher Consensual-Contract, auch die Wirkungen eines solchen haben muſste [2.].

§. 150.

Fortsetzung.

Nach jetzigem Recht hat jeder simple Vertrag die volle Wirkung eines feyerlichen Vertrages der Römer [1.]. Hieraus folgt denn 1.) daſs bey uns jeder simple Vertrag eine Klage auf Erfüllung des Versprochenen erzeugt, auch wenn das, wodurch er bey den Römern zum Contract hätte erhoben werden müssen, nicht existirt, daſs aber die Verpflichtung ex re nur erst durch wirkliche Leistung entstehen kann, daſs wir also jetzt nur noch Consensual- und Realverträge haben, und Literal-Contracte bloſs da, wo Gesetze oder Verträge die Schrift zur Vollendung eines Vertrags besonders erfordern. 2.) Daſs bey den ungenannten Contracten der Römer jetzt das ius poenitendi wegfällt, und daſs ein solcher Contract nun eben so vollgültig ist, wie ein genannter. 3.) Daſs alle, selbst dem Hauptgeschäft widerstreitenden, und nach einer Zwischenzeit geschlossenen pacta adiecta klagbar sind, sofern sie nur nicht überhaupt in jeder Form durch die Geſetze verboten wurden [2.], ein

[1.] L. 7. §. 5. de pact. (2. 14.) L. 13. C. eod. (2. 3.) Noodt de pact. c. 11. 12. Bynkershoek de pactis stricti iur. contr. in contin. adject. Lugd. Bat. 1699. (op. T. 1.) Sammlung der Röm. Gesetze Frkf. u. Leipz. 1785. S. 21. fgg. [2.] L. 7. §. 6. de pact. (2. 14.) L 72. pr. de contr. emt. (18. 1.).

[1.] Cap. 1. 3. x. de pact. (1. 35.). Griesinger a. a. O. §. 10. 13. [2.] Weber v. d. natürl. Verb. §. 81—85.

Punkt, welcher freylich bey der Unbestimmtheit des römischen Rechts in manchen Fällen schwer auszumitteln ist.

§. 151.

3.) Einseitige, zweyseitige Verträge.

Die rechtlichen Folgen eines Vertrages hängen ferner 3.) sehr davon ab, ob der Vertrag ein einseitiger (unilateralis), oder ein zweyseitiger (bilateralis) ist, d. h. ob nach der Natur des Geschäfts nur Ein Theil etwas zu leisten hat, oder ob danach beyde Theile zu Gegenleistungen verpflichtet sind. In jenem Fall kann der Berechtigte unbedingt auf Erfüllung klagen, in diesem hingegen ist die Leistung des einen durch die des andern bedingt, und jeder Theil kann mittelst der Einrede des nicht erfüllten Contracts seine Gegenleistung so lange zurückhalten, bis der andere seiner Verbindlichkeit nachgekommen ist [1.]. Diese Einrede (exceptio non adimpleti contractus) braucht auch von dem, welcher sie vorschützte, nicht erwiesen zu werden, wohl aber die Einrede, daſs der Contract zwar erfüllt, die Leistung aber fehlerhaft geschehen sey (exceptio non rite adimpleti contractus) [2.].

§. 152.

Fortsetzung.

Bey zweyseitigen Contracten sind beyde Theile sofort vermöge der Natur des Contracts einander verpflichtet; beyde haben also sogleich eine sogenannte actio directa (aus der Natur des Vertrags folgende Klage) gegen einander. Bey einseitigen Verträgen hat nur der eine Theil eine actio directa. Der andere Theil kann bey einem jeden Vertrage dieser Art auch zufällig (z. B, durch dolus und culpa) verpflichtet werden. Gewöhnlich werden diese Verbindlichkeiten durch eine, gleichfalls nach dem Contract benannte Klage verfolgt, welche man, weil sie nicht im Wesen des Geschäfts gegründet ist, actio contraria nennt. In einigen Fällen (z. B. bey dem mutuo) können indeſs diese zufällig entste-

[1.] L. 13. §. 8. L. 25. de act. E. V. (19. 1.) L. 21. C. de pact. (2. 3.) Cocceii I. C. L. 19. T. 1. qu. 3. I. F. Wahl de natur. et indole implem. non secuti. Goett. 1751. H. C. F. Wehrn de except. non adimpl. contr. Erf. 1790. [2.] Leyser Sp. 208. M. 1. Sp. 238. M. 2. 3. Müller ad Leyser Obs. 850. Hommel rhaps. Obs. 87.

henden Forderungen nicht durch eine, nach dem Contract benannte Klage, sondern nur durch die allgemeinen, auf Schadensersatz gehenden Klagen, verfolgt werden. Manche nennen bloſs Verträge der letzten Art unilaterales, wiewohl es offenbar irrig ist, wenn sie den Grund darin suchen, weil hier ein Theil auch nicht einmal zufällig verpflichtet werden könne [1.].

§. 153.

4.) Verpflichtung zur Annahme.

Es haben ferner 4.) obligatorische Verträge die Wirkung, daſs der Acceptant verpflichtet ist, sich das Versprochene leisten zu lassen. Verweigert er dieſs, so muſs der Promittent, um sich zu befreyen, in der Regel nach allgemeinen Grundsätzen das versprochene Object deponiren; doch ist bey dem Verkauf flüssiger Sachen das besondere, daſs der Verkäufer kurzweg die Sachen weggieſsen kann, um seine Behältnisse leer zu schaffen [1.].

§. 154.

5.) Zur Uebernahme des Zufalls, und Einräumung der Vortheile.

Eine fernere wichtige Folge ist, 5.) daſs die Vollendung des Vertrags in vielen Fällen die Gefahr und die Vortheile des Gegenstandes desselben auf den Acceptanten überträgt, und daſs der casuelle Untergang der Sache den Promittenten von seiner Verbindlichkeit befreyet [1.]; doch ist dieſs unter folgenden näheren Bestimmungen zu verstehen.

[1.] Dieſs gegen Höpfner Comment. §. 750., welcher sich durch §. 769. not. 1. selbst widerlegt.

[1.] L. 2. §. 3. 4. L. 2. pr. de peric. et c. r. v. (18. 6.), Bynkershoek Obs. L. 6. c. 25.

[1.] Wernher Obs. Vol. 3. P. 4. Obs. 214. I. Moormann de peric. et comm. r. v. Lugd. Bat. 1717. F. Alef de peric. et comm. r. v. Heidelb. 1742. I. B. Barthelemy de eo quod iust. est circa peric. et comm. r. v. Argent. 1776. Westphal v. Kauf etc. §. 577-604. I. A. Reichard de casu oblig. tollente. Ien. 1767. C. H. Breuning de casus praestat. Lips. 1768. C. H. Brandenburg princ. quaed. general. de casus praestat. Goett. 1793.

§. 155.

Lehre vom Zufall.

Zufall (casus) im Allgemeinen heifst jede unerwartete oder unabwendliche Begebenheit [1.]. Die daraus möglicherweise entspringenden nachtheiligen Folgen werden die **Gefahr** (periculum) genannt. Denkt man den Zufall als die ganze Sache vernichtend, es sey nun durch Destruction oder Verlust, so nennt man die Gefahr periculum interitus; denkt man ihn hingegen nur als die Qualität der Sache verderbend, so heifst die Gefahr periculum deteriorationis [2.].

§. 156.

Fortsetzung.

Die Lehre vom Zufall ist durch die Beantwortung der beyden Fragen erschöpft: erstlich, wessen ist nach allgemeinen Grundsätzen der Schaden, welcher sich durch einen Zufall ereignet (quis casum sentit)? und zweytens, in welchen Fällen muſs Jemand ausnahmsweise den Schaden über sich nehmen, welcher einen andern nach jenen allgemeinen Grundsätzen würde getroffen haben (quis casum praestat)?

§. 157.

Fortsetzung.

In Betreff der ersten Frage ist es I.) Hauptgrundsatz, dafs jeder, welcher an einem Gegenstande Rechte hat, durch den Zufall diese Rechte verliert, sofern dadurch der Gegenstand des Rechts vernichtet wird [1.]. II.) Stehen Personen in vertragsmäfsigen, noch nicht abgeschlossenen Verhältnissen, so gilt ganz dasselbe [2.]. Ist III.) der Vertrag wirklich abgeschlossen, so unterscheide man: 1.) der Contrahent, welchen der Zufall an Erfüllung des Vertrages hindert, hat von

[1.] L. 11. §. 5. de minor. (4. 4.) L. 15. §. 2. locat. (19. 2.) L. 1. §. 4. de O. et A. (44. 7.). Averan interpr. L. 2. c. 16.
[2.] L. 17. L. 14. §. 1. de peric. et comm. r. v. (18. 6.).

[1.] L. 5. §. 2. L. 10. §. 7. L. 31. quib. mod. ususfr. am. (7. 4.) L. 8. pr. quib. mod. pign. vel hyp. solv. (20. 6.). [2.] §. 3. I. de emt. vend. (3. 24.) L. 7. de contr. emt. (18. 1.) L. 8. pr. de peric. et comm. r. v. (18. 6.) L. 17. C. de fide instrum. (4. 21.). Ueber die aus deutschem Recht (am richtigsten bejahend) zu entscheidende Frage: ob der Käufer vor erfolgter Resignation die Gefahr trage? s. Voet L. 18. T. 6. §. 6. Stryk ibid. §. ult. G. Wernsdorf de peric. et comm. praedii ante resignationem iudicialem. Vit. 1782.

dem andern schon die Gegenleistung empfangen: alsdann befreyet ihn der Zufall von der Verpflichtung, das Versprochene zu leisten; das Empfangene hingegen braucht er nicht zu restituiren [3.], ausgenommen, wenn es ihm pränumerirt war, d. h. wenn es ihm eigentlich zufolge der Natur des Geschäfts erst nach der, von seiner Seite vollständig erfolgten Leistung hätte gegeben werden sollen [4.]. Ist aber 2.) jenes nicht der Fall, so ist entweder A.) von einem Thun die Rede. Ereignet sich dann der Zufall a.) in der Person dessen, dem das Factum geleistet werden soll, so braucht der Promittent das Factum nicht zu leisten, kann aber den ihm versprochenen Lohn fordern [5.]. Ereignet er sich hingegen b.) in der Person des Promittenten, so ist dieser freylich von der Leistung des Facti frey, er kann aber auch den Lohn in eben der Maafse, als er das Factum zu leisten aufser Stande war, nicht verlangen [6.]; doch darf wegen kleiner Hinderungen der Lohn nicht sofort verkürzt werden [7.]. Ist hingegen B.) vermöge des Contracts etwas zu geben, so ist entweder a.) das Object desselben in aller Rücksicht gewifs bestimmt: in diesem Fall wird der Promittent durch den Zufall von seiner Verpflichtung befreyt, und der Acceptant hat das periculum deteriorationis und interitus zu tragen [8.]; doch hat er nicht allein den Schaden, sondern jeder verliert dadurch, dem Rechte an der Sache zustanden [9.]. Bey dem Verkauf ist das besondere, dafs der, durch den Zufall befreyte Verkäufer von dem Käufer sogar den Preis fordern kann [10.]. Diefs

[3.] L. 3. §. 3. L. 5. pr. de cond. caussa data (12. 4.) L. 38. §. 1. locat. (19. 2.) L. 1. §. 13. de extraord. cognit. (50. 13.) Noodt probab. L. 4. c. 5. Voet L. 12. T. 4. §. 4. 5. Cocceii ibid. qu. 5—9. A. M. ist mit Vielen Glück Comment. 4. Thl. §. 326. b. a. E. [4.] L. 15. §. 6. L. 19. §. 6. locati (19. 2.). [5.] L. 38. eod. [6.] L. 15. §. 6. eod. A. M. ist Leyser Sp. 212. m. 5. Allein s. Struben 3. B. 69. Bed. [7.] L. 27. pr. eod. Weber v. d. nat. V. §. 102. [8.] L. 7. pr. L. 8. L. 10. §. 1. L. 11. pr. de peric. et comm. r. v. (18. 6.) L. ult. C. eod. (4. 48.) L. 4. §. 4. de in diem addict. (18. 2.) L. 11. de contr. emt. (18. 1.) L. 15. de iure dot. (23. 3.) L. 39. de solut. (46. 3.). A. M. sind Cuiac ad African Tr. VIII. ad L. 33. locat. Brunnemann ad L. 14. de resc. vend. Allein s. A. Faber rational. ad L. 11. 12. 13. de peric. et comm. r. v. Höpfner §. 872. not. 1. [9.] L. 5. §. 2. de resc. vend. (18. 5.) §. 16. I. de legat. (2. 20.) L. 23. de V. O. (45. 1.) L. 5. §. 4. L. 18. in f. commod. (13. 6.). [10.] L. 7. pr.

läfst sich aber auf andere Geschäfte nicht ausdehnen [11.]. Ist dagegen b.) der Vertrag zwar abgeschlossen, das Object desselben aber noch in einiger Rücksicht ungewifs, oder unbestimmt, so kann diefs auf mehrfache Weise geschehen, nämlich A.) dadurch, dafs das Object bedingt versprochen ward. In diesem Fall trägt der Acceptant das periculum deteriorationis, nicht aber das periculum interitus [12.]. B.) Wenn sich Jemand etwas in genere bedung. Hier schadet es dem Acceptanten nicht, wenn vor der Tradition aus dem genere einzelne Sachen untergingen, wohl aber wenn das ganze genus vernichtet wird [13.]. Aus eben diesem Grunde trägt der Acceptant den Zufall nicht, wenn ihm etwas nach einer künftigen Zumessung (ad pondus, numerum et mensuram) versprochen ist [14.], ausgenommen wenn er das Ganze, was ihm im Einzelnen zugemessen werden sollte, in specie und per aversionem sich bedungen hat [15.]. C.) Bey dem alternativen Versprechen gewisser Objecte trägt der Acceptant nur die ganze Gefahr der zuletzt übrig bleibenden species [16.]. Hat sich endlich D.) Jemand etwas ad gustum bedungen, d. h. unbedingt und in specie, jedoch so, dafs er, wenn ihm die zu untersuchende Qualität nicht gefalle, vom Vertrage abgehen könne: so trägt er das periculum interitus, nicht aber das periculum deteriorationis [17.], jedoch auch das letzte vom Augenblick der Billigung, oder des widerrechtlich verzögerten Ausprobens [18.]. War der Handel ad gustum zugleich ein generischer Handel ad mensuram, so müssen freylich die zuvor unter b.) aufgestellten Grundsätze eintreten [19.].

L. 8. pr. de peric. et comm. r. v. (18. 6.). [11.] L. 58. §. 1. pro soc. (17. 2.) L. 19. §. 6. L. 30. pr. §. 1. L. 33. locat. (19. 2.). [12.] L. 8. de peric. et comm. r. v. (18. 6.). Brussel de cond. L. 2. T. 1. n. 6. [13.] L. 42. de iure dot. (23. 3.) L. 1. §. 4. de O. et A. (44. 7.). [14.] L. 3. §. 7. de contr. emt. (18. 1.) L. 2. C. de peric. et comm. r. v. (4. 48.). [15.] L. 34. §. 5. de contr. emt. (18. 1.) L. 1. §. 1. de peric. et comm. r. v. (18. 6.) L. 2. C. eod. (4. 48.). Vergl. Cuiac Obs. L. 8. c. 15. Carpzov P. 2. C. 26. Def. 23. [16.] L. 34. §. 6. de contr. emt. (18. 1.). [17.] L. 1. pr. §. 1. L. 4. pr. §. 1. de peric. et comm. r. v. (18. 6.). Huber eod. Tit. §. 5. A. M. ist Franzke eod. n. 41. S. auch noch überh. S. F. Willenberg de peric. rei ad quant. vel ad gust. vend. (Ex. P. 1. n. 17.). [18.] L. 1. pr. L. 4. pr. eod. A. M. ist Voet eod. §. 3. [19.] Faber in Cod. L. 4. T. 48. qu. 1. A. M. sind Müller ad Struv L. 18. T. 6. §. 101. not. d. Stryk de iure sens. Diss. 6. c. 2. n. 20.

§. 158.

Fortsetzung. Die zweyte Frage: wann prästirt man den Zufall? beantwortet sich von selbst aus der Lehre von den Entstehungsgründen der Verbindlichkeiten dahin: so vielfach die letzten sind, eben so vielfach sind auch die Fälle, da man ausnahmsweise die nachtheiligen Folgen des Zufalls tragen mufs. Man ist also z. B. dazu gehalten, wenn man den Zufall durch eigne Schuld veranlafst hat (casus mixtus), wenn man ihn durch Vertrag, oder eine gültige Pollicitation übernahm u. s. w. [1.]. Hat man alle Zufälle über sich genommen, so bleibt es dabey, und es ist die gröfste Willkühr, wenn viele die allerungewöhnlichsten (casus insolitissimos) dann doch noch wieder ausnehmen wollen [2.].

§. 159.

Vortheile der Sache. Von dem Augenblick an, da der Promittent zur Herausgabe der Sache verpflichtet ist, gehen die sogenannten commoda rei auf den Acceptanten über, d. h. der erste ist verpflichtet, alle, in jenem Augenblick mit der Hauptsache verbundenen, und nachher zu derselben hinzugekommenen, oder von derselben getrennten Accessionen, nach Abzug seiner, von da an gemachten vernünftigen Verwendungen [1.], herauszugeben [2.], und zwar bey bedingten Geschäften, deren Bedingung zurückgezogen wird, von dem Punkt an, bis auf welchen die Bedingung zurückwirkt [3.]. Bey bürgerlichen Früchten mufs man unterscheiden, ob sie im juristischen Sinn in dem Augenblick der zu beschaffenden Uebergabe percepti (§. 246. 247.) waren, oder nicht. Jene verbleiben dem Promittenten; diese fallen dem Acceptanten zu [4.].

[1.] L. 5. §. 10. commod. (13. 6.) L. 23. de R. I. (50. 17.) L. 35. §. 4. de contr. emt. (18. 1.). Brandenburg l. c. §. 31. [2.] G. L. Boehmer de oblig. locator. ob usum impedit. c. 1. §. ult (elect. T. 1.).

[1.] L. 38. §. 1. de act. E. V. (19. 1.) L. pen. C. de pact. int. emt. et vend. (4. 54.) L. 2. C. de annon. et tribut. (10. 16.). [2.] L. 13. §. 10. sqq. de act. E. V. (19. 1.). [3.] Den Beweis s. oben §. 102 — 108. [4.] Voet L. 18. T. 6. §. 9. Cocceii L. 19. T. 1. qu. 12. Struv Ex. L. 18. T. 6. §. 102. Die L. 13. §. 11. de act. E. V. (19. 1.) ist von vor dem Handel percipirten Früchten zu verstehen.

§. 160.

6.) Pflicht der Evictionsleistung.

Wer ein Recht in eignem Namen [1.] auf einen andern überträgt (der auctor), ist 6.) verpflichtet, dafür zu stehen, dafs dem Acceptanten das Erhaltene nicht auf dem rechtlichen Wege abgestritten (evincirt) werde [2.], wiewohl er natürlich ohne besonderen Vertrag nicht verantwortlich ist, wenn nachher das Recht durch Zufälle und widerrechtliche Handlungen einer öffentlichen, oder einer Privat-Person [3.], oder durch eigne Schuld des Empfängers verloren geht [4.]. Diese Pflicht das übertragene Recht zu gewähren (obligatio ad evictionem praestandam), findet nicht blofs bey Geschäften Statt, welche das Eigenthum einer Sache, sondern auch bey denen, welche andre dingliche oder persönliche Rechte übertragen [5.], wiewohl der Name: Evictions-Leistung nicht in allen Fällen gebräuchlich ist. Es kann sogar von dem Auctor bey Uebertragung des Rechts (nicht nachher) eine, freylich nur in einem blofsen Versprechen bestehende Caution wegen der Entwährung gefordert werden, und beym Verkauf wichtiger Dinge sogar aufs Doppelte [6.].

§. 161.

Fortsetzung.

Was der Auctor gewähren mufs, ist durch Beurtheilung nach der besondern Natur eines jeden einzelnen Falles zu bestimmen. So braucht z. B. der Auctor bey der Uebertragung einer universitas iuris (§. 240.), weil diese ein ideales Ganzes ist, im Zweifel nur für die Entwährung des Ganzen, nicht aber einzel-

[1.] L. 50. L. 66. §. ult. de evict. (21. 2.). [2.] Duarenus ad T. C. de evict. (op. p. 1215.). Burgundus de eviction. I. F. Callet C. ad Tit. C. de evict. (Meermann Th. T. II.). G. Engelbrecht de evict. Helmst. 1673. A. de Guzmann C. ad Tit. de evict. Genev. 1676. C. F. Waechtler recitat. singular. ad Tit. D. de evict. Dresd. 1680. (op. n. 1.). F. W. Romanus progr. de evict. Lips. 1748. Westphal v. Kauf etc. §. 189—365. I. Hauptmannsberger über die Gewährleistung nach dem Geist des gem. R. Wien 1802. 8. [3.] L. 21. pr. L. 51. pr. L. 64. pr. L. 70. h. t. (21. 2.). [4.] L. 25. L. 26. L. 29. §. 1. L. 55. pr. L. 56. §. 3. L. 63. §. 2. L. 66. pr. eod. L. 17. 27. C. de evict. (8. 45.) [5.] L. 4. 29. C. h. t. (8. 45.) L. 9. pr. locat. (19. 2.) L. 32. de pignor. act. (13. 7.). [6.] L. 2. L. 4. pr. L. 37. pr. §. 1. L. 56. pr. h. t. (21. 2.). Westphal §. 193. 197.

ner Theile zu stehen [1.], während er bey der, selbst per aversionem geschehenen Uebertragung einer universitas facti auch wegen einzelner Dinge verantwortlich ist, wenn sie nicht gleichfalls als etwas Ideales zum Gegenstande eines Vertrags gemacht ward [2.]. Beym Vergleich dagegen kann nur wegen der Entwährung der Sache Evictionsleistung gefordert werden, welche man gab, um sich dadurch die in Anspruch genommene Sache zu erhalten, nicht aber wegen Entwährung der letzten [3.]. Hat Jemand im Namen eines andern veräufsert, z. B. als Pfandgläubiger [4.], oder als Creditor im Concurse [5.], so haftet er ebenfalls nach der Natur des Geschäftes nicht, weil er nur einen andern vertrat.

§ 162.

Fortsetzung. Was insbesondere die Cession einer Schuldforderung betrifft, so braucht der Cedent nur dafür zu stehen, dafs die Forderung als solche richtig (nomen verum) sey, nicht aber für die Güte (de bonitate) derselben [1.]. Bey der Cession eines Pfandrechts liegt die Richtigkeit desselben darin, dafs dasselbe bestehen kann, und der Cedent ist daher verantwortlich, wenn die Sache eines Dritten Gegenstand des Pfandrechts ist, und dieser dasselbe insofern als ungültig anfechten kann; nicht aber wenn ein andrer ein besseres Pfandrecht haben sollte [2.]. Nur dann haftet der Cedent wegen der Güte, wenn er den Cessionar darüber hinterging [3.], wohin aber nicht schlechthin der Fall gehört, wenn die Cession im Augenblick der Insolvenz des Schuldners geschah [4.]; oder wenn der Cedent die Gefahr über-

[1.] L. 5. pr. h. t. (21. 2.) L. 1. C. eod. (8. 45.). [2.] L. 23. §. 1. de usurp. (41. 3.) L. 32. L. 33. pr. de aedil. edict. (21. 1.). Boehmer ius D. L. 21. T. 2. §. 7. Westphal §. 226. Denn L. 36. h. t. (21. 2.) ist von der actio ex stipulatu zu verstehen. A. M. ist Franzke comm. L. 21. T. 2. n. 152-171. [3.] Voet C. L. 21. T. 2. §. 10. [4.] Tit. C. creditor. evict. pignor. non debere (8. 46.). [5.] A. M. ist zum Theil Gmelin de iure pignor. et hypoth. quod debitor in re sibi non propria const. §. 21.

[1.] L. 4. 5. h. t. (18. 6.) L. 74. §. 3. de evict. (21. 2.). I. F. Wordenhof de cedente ad cessi nom. bonitat. non obligat. (in Oelrichs Thes. nov. Vol. 1. T. 1. p. 309.). [2.] L. G. Gmelin a. a. O. §. 18. Andrer M. s. Mevius P. II. D. 360. Cocceii I. C. L. 20. T. 5. qu. 5. [3.] L. 94. §. 3. de eviction. (21. 2.). [4.] I. G. A. Weber Bem. über die

nommen hat [5.]. Falsch ist es, wenn manche [6.] den Cedenten auch dann dafür verantwortlich machen, wenn er eine Forderung zum Unterpfande gegeben, oder an Zahlungsstatt cedirt habe. Denn Verpfändung einer Klage ist keine Cession, und im letzten Fall ist der Cedent offenbar nicht verantwortlich [7.]. — Die, auch noch einer Erörterung bedürfende Frage: was bey Legaten und der Erbtheilung Rechtens sey? bleibt der Deutlichkeit wegen bis auf die Lehre von Erbschaften ausgesetzt.

§. 163.

Fortsetzung. In Ansehung eigentlicher Schenkungen findet eine Ausnahme Statt. Der Schenker haftet nämlich wegen der Eviction gar nicht, wenn er eine species gab oder versprach. Schenkte er in genere, so ist er verantwortlich, ausgenommen wenn das ganze genus evincirt wird [1.]. Wo keine reine Schenkung Statt findet, treten wieder die allgemeinen Grundsätze ein, z. B. bey der Brautgabe, wegen der dem Ehemann obliegenden Gegenleistungen [2.], so wie in allen Fällen, da Jemand etwas umsonst vermöge einer rechtlichen Verpflichtung gab [3.].

§. 164.

Fortsetzung. Der Auctor kann vermöge der Natur des Geschäfts nicht blofs dann, wenn das ganze übertragene Recht, sondern verhältnifsmäfsig auch dann,

Fälle, wo der Cedent einer Ford. für die Güte haften mufs. Hal. 1789. 4. §. 3. (auch in Hagemann und Günther Archiv. 6. B. n. 1.). Das Gegentheil behauptet willkührlich Brunnemann l. c. c. 5. n. 51. Idem Decis. Ant. 1. Dec. 72. [5.] Hert Resp. n. 314. [6.] Z. B. Wordenhof l. c. Müller ad Leyser Obs. 416. [7.] L. 96. §. 2. de solut. (46. 3.). Weber a. a. O. §. 3—6. Mevius P. 6. Dec. 272.

[1.] L. 45. 46. 65. 108. §. 10. de leg. I. (30.) L. 8. §. 2. de leg. II. (31.) L. 29. §. 3. de leg. III. (32.) vergl. mit §. 1. I. de legat. (2. 20.). I. C. Koch de evict. in donat. non indistincte praestanda. Ien. 1754. G. L. Rodowe de eo quod iust. est circa evict. in don. praest. Goett. 1778. A. M. ist Carpzov P. 2. C. 34. D. 23. [2.] L. 16. de iure dot. (23. 3.). E. F. Schaefer (praes. Buchner) de eo quod iust. est circa evict. in dot. dat. praestandam. Giess. 1789. [3.] Die Streitfrage (Medit. über versch. R. M. 2. B. n. 106.), ob bey remuneratorischen Schenkungen Gewährleistung gefordert werden könne? Hängt von der zweyten, unten zu erörternden Frage ab: ob sie wahre Schenkungen sind?

wenn ein Theil desselben evincirt wird, in Anspruch genommen werden [1.]. Ein besonders wichtiger Fall dieser Art ist, wenn sich in der Folge ergibt, dafs auf einer Sache dingliche Lasten ruhen. Im Ganzen mufs der Auctor, wenn nicht ein anderes bedungen ist, deswegen Vergütung leisten [2.], ausgenommen, wenn dingliche Lasten von der Art sind, dafs man sie als eine gewöhnliche Eigenschaft einer Sache ansehen kann, wie Real-Servituten und öffentliche Abgaben. Wegen dieser haftet der Auctor nur, wenn er gänzliche Freyheit versprochen, wenn er die Lasten kleiner, als sie sind, angegeben, oder den Empfänger wissentlich in der irrigen Voraussetzung der nicht Statt findenden Beschwerung gelassen hat [3.]. Es gibt indefs viele, welche willkührlich behaupten, der Empfänger könne schlechthin wegen ihm unbekannt gebliebener Real-Servituten, und aufserordentlicher öffentlicher Lasten, wenigstens auf eine Verringerung seiner Gegenleistung, Anspruch machen [4.]. Wird übrigens dem Empfänger auf der einen Seite mehr gegeben, als er erwartete, so vergütet diefs verhältnifsmäfsig, was die Eviction auf der andern schadet [5.].

§. 165.

Fortsetzung.

Wer nicht aus der Natur des Geschäfts zur Evictionsleistung gehalten ist, wird ausnahmsweise dazu verpflichtet, wenn er arglistig das, was einem andern gehört, auf Jemand überträgt [1.], oder vertragsmäfsig die Gewähr übernimmt [2.]. Ein solcher Vertrag hat auch da Nutzen, wo der Auctor aus der Natur des Geschäfts verpflichtet ist, wenn nämlich auf den Fall der Eviction eine gewisse Summe versprochen wird. Bey den Römern war die Stipulation des Doppelten ge-

[1.] L. 1. 45. 47. 53. pr. 64. §. 4. h. t. (21. 2.). [2.] L. 34. §. 2. L. 39. §. 5. L. 46. pr. L. 49. eod. L. 25. C. h. t. (8. 45.). [3.] L. 59. de contr. emt. (18. 1.) L. 21. §. 1. L. 41. de act. E. V. (19. 1.) L. 9. C. eod. (4. 49.) L. 75. h. t. (21. 2.). [4.] Westphal §. 234—236. Cocceii I. C. L. 19. Tit. 1. qu. 6—9. und zwar besonders wegen L. 39. de act. E. V. (19. 1.) L. 61. de aedil. edict. (21. 1.) L. 69. §. 5. h. t. (21. 2.). [5.] L. 42. de act. E. V. (19. 1.). Westphal §. 220.

[1.] L. 21. §. 1. de act. E. V. (19. 1.) L. 62. de aedil. edict. (21. 1.). [2.] L. 56. pr. L. 60. L. 70. L. 74. pr. h. t. (21. 2.). I H. Boehmer de usu et commod. pacti de praestand. evict. Hal. 1736. (Exerc. T. 4.). Hellfeld de pactis evict. caussa

wöhnlich; doch hatte diese den Nachtheil, daſs sie nur ein Recht gab, zu klagen, wenn das Ganze, nicht aber, wenn ein Theil entwährt war [3.].

§. 166.

Fortsetzung. Nach erfolgter Entwährung kann, wenn vermöge der Natur des Geschäfts geklagt wird, zunächst die Rückgabe des Empfangenen verlangt werden [1.], doch braucht es der Auctor nicht ganz zurückzugeben, wenn er beweisen kann, daſs bey der Entwährung der Werth der Sache geringer geworden war [2.]. Dagegen kann aber auch dem Auctor der erhöhete Werth der Sache, wenn dieser nicht übermäſsig ist [3.], in Anrechnung gebracht, und das ganze Interesse von demselben verlangt werden [4.], selbst wenn er schon wegen des, auf den Fall der Entwährung Versprochenen ausgeklagt ist, und unter dem Namen des Interesse noch mehr sollte gefordert werden können [5.]. Das Interesse begreift dann die, auf den, die Entwährung zur Folge habenden Proceſs verwandten Kosten [6.], alle Verwendungen, jedoch nur insofern, als nicht von dem Entwährenden Vergütung derselben erhalten werden konnte [7.], so wie allen sonstigen positiven und negativen Schaden [8.]. Verschafft der Auctor sich die evincirte Sache wieder, so kann er sich durch Rückgabe derselben nicht von der Leistung des Interesse befreyen [9.].

§. 167.

Fortsetzung. Ist eine Sache successiv von einem auf den andern übertragen, so kann der, dem sie abgestritten wird, nur seinen unmittelbaren, nicht aber

initis (op. p. 813.). [3.] L. 42. L. 43. L. 56. §. 2. eod. Vergl. mit L. 8. eod. L. 82. §. 4. de leg. I. (30.).

[1.] L. 13. §. 9. de act. E. V. (19. 1.). [2.] L. 45. pr. eod. L. 64. pr. §. 1. L. 66. §. ult. L. 70. h. t. (21. 2.) Voet eod. §. 26. [3.] L. 43. in. f. de act. E. V. (19. 1.). [4.] L. 8. L. 70. h. t. (21. 2.) L. 9. C. eod. (8. 45.) L. 7. L. 8. L. 15. §. 8. locat. (19. 2). Faber coniect. L. 2. c. 5. A. M. sind G. L. Boehmer de oblig. locator. ob usum impedit. (Elect. T. 1. n. 10.) cap. 1. §. 16. Wehrn doctr. explic. princ. damni etc. §. 54. [5.] L. 32. §. 2. h. t. (21. 2.). [6.] Voet l. c. §. 25. Müller ad Leyser Obs. 478. [7.] L. 45. §. 1. de act. E. V. (19. 1.) L. 16. C. h. t. (8. 45.). [8.] L. 8. L. 15. §. 1. 2. L. 51. §. 3. L. 70. h. t. (21. 2.). [9.] L. 67. eod. Voet. §. 29.

den entfernteren Auctor in Anspruch nehmen, sofern jener nicht seine Klagen gegen diesen cedirt [1.]. Mehrere Auctoren haften nur pro rata, wenn nicht ein, nach allgemeinen Grundsätzen (§. 204 — 207.) zu beurtheilender, besonderer Grund der Correal-Verpflichtung eintritt [2.].

§. 168.

Fortsetzung. Die Evictions-Leistung kann vermöge der Natur des Geschäfts nicht eher gefordert werden, bis der Empfänger im petitorischen oder possessorischen Procefs [1.] vollständig überwunden, und wirklich aus dem Besitz des Empfangenen gesetzt ist [2.], welchem man das Abkaufen der Eviction gleichstellen mufs [3.]. Die angedrohte Eviction gibt, den Fall, dafs der Auctor arglistig verfuhr, ausgenommen [4.], blofs die Befugnifs, die Gegenleistung bis zur bestellten Sicherheit wegen der Entwährung, zurückzuhalten [5.]; doch nimmt man allgemein an, dafs wenn bey der, von dem Auctor angebotenen Vollziehung des Contracts die Unvermeidlichkeit der Eviction sofort klar ist, der andre von dem ganzen Geschäft abgehen kann [6.].

§. 169.

Fortsetzung. Weder der Auctor selbst, noch die, welche mit demselben Eine Person ausmachen, noch auch die, welche wegen der Eviction gut gesagt haben, dürfen ohne besondern Vertrag selbst als Entwährer auftreten, und können durch eine Einrede abgewiesen [1.], und zur Herausgabe der, nachher an sie ohne Rechts-

[1.] L. 59. h. t. (21. 2.). [2.] L. 39. L. 62. §. 1. eod. L. 2. C. eod. (8. 45.) L. 85. §. 5. de V. O. (45. 1.) C. F. G. Meister de iuris vinculo quo plures auctores tenentur. Goett. 1768.

[1.] L. 35. de act. E. V. (19. 1.). [2.] L. 57. pr. h. t. (21. 2.) L. 3. C. eod. (8. 45.). Ueber die Frage: ob der Retract auch eine Entwährung ist s. Voet §. 2. [3.] L. 29. pr. h. t. (21. 2.). [4.] L. 30. §. 1. de act. E. V. (19. 2.). [5.] L. 18. §. 1. de peric. et comm. r. v. (18. 6.). L. 24. C. h. t. (8. 45.). Cramer Obs. iur. univ. T. II. P. 1. Obs. 458. Carpzov P. II. c. 34. Def. 31. [6.] Hert de convent. domin. translativ. §. 23. (op V. 1. T. 3.).

[1.] L. 1. pr. §. 2. 3. de exc. r. v. (21. 3.) L. 73. de evict. (21. 2.)

grund gekommene Sache angehalten werden [2.]. Der Besitzer braucht aber jene Einrede nicht vorzuschützen, sondern kann die Sache herausgeben, und dann die Gewährleistung verlangen [3.].

§. 170.

Fortsetzung.

Damit das Recht auf Gewährleistung nicht verloren werde, muſs der Erwerber des bedrohten Rechts seinem Auctor, oder wenn deren mehrere sind alle Auctoren vereint, nicht aber den Bürgen [1.] auffordern, ihm als Kläger oder Beklagten beyzustehen [2.]; doch wird kein Auctor zu diesem Beystande gezwungen [3.]. Man nennt dieſs litis denunciatio. Die Lehre von der Form derselben gehört in den Proceſs; hier nur noch die Bemerkung, daſs sie nicht nöthig, und daſs das Unterlassen derselben unschädlich ist: a.) wenn der Auctor nicht zu finden (4.], oder b.) wenn er in dolo ist [5.], so wie c.) wenn der Auctor sich des Rechts, die Denunciation zu fordern begeben hat, wiewohl ihm dann doch immer ein freywilliger Beytritt erlaubt ist [6.]; endlich d.) wenn das bessere Recht des Evincirenden ganz offenbar, und keinem Zweifel unterworfen ist [7.].

§. 171.

Beschluſs.

Das an sich Statt findende Recht, Gewährleistung zu fordern erlischt a) wenn der Erwerber des evincirten Rechts nach dem bisher gesagten etwas versehen hat. b.) Wenn er sich durch Vertrag dieses Rechts begab, in welchem Fall er nicht einmal das von ihm als Gegenleistung gegebene zurückfordern darf

L. 11. 13. C. eod. (8. 45.). [2.] L. 2. de exc. r. v. (21. 3.) L. 72. de R. V. (6. 1.) L. 4. §. 32. de dol. mal. exc. (44. 4.). [3.] L. 17. 18. de evict. (21. 2.).

[1.] L. 62. §. 1. h. t. (21. 2.). [2.] L. 7. L. 8. L. 9. C. h. t. (8. 45.) I. S. Stryk de lit. denunc. Hal. 1711. A. F. Trendelenburg de lit. den. auctoris eiusque usu et applicat. in foro. Bütz. 1774. L. I. Krukenberg de lit. denunc. Goett. 1784. [3.] L. 1. C. de peric. et comm. rei vend. (4. 48.). [4.] L. 56. §. 6. h. t. (21. 2.). [5.] L. 55. §. 1. L. 56. §. 5. eod. [6.] L. 63. pr. eod. Luis de indole et effectu pacti quo litis denunc. remittitur. [7.] L. 53. §. 1. eod. L. 11. §. 12. de act. E. V. (19. 1.). Weber Beytr. zu der Lehre v. d. Klagen. 1. Heft n. 5. Köchy Meditat. 1. S. n. 2.

sofern nicht die Rückgabe bedungen war, oder der Auctor arglistig handelte [1.]. Eben diess findet c.) Statt, wenn er wissentlich eine fremde Sache auf sich übertragen liess [2.], wohin man aber nicht den Fall zählen darf, wenn er wissentlich eine im Streit befangene Sache an sich brachte [3.].

§. 172.

7.) Gewähr der Mängel und Eigenschaften.

Jeder Auctor ist ferner 7.) in der Regel verpflichtet die versprochenen Eigenschaften und verborgenen Mängel einer Sache zu gewähren, und es kann bey allen Geschäften deshalb die Contracts-Klage auf Rescission des Geschäfts, oder Verminderung der Gegenleistung angestellt werden [1.]. Durch ein Edict des Aedilen wurden bey den Römern für den Fall des Verkaufs von Sklaven und Lastthieren unter jenen Voraussetzungen noch zwey besondere Klagen, nämlich die actio redhibitoria (Wandelungsklage) auf Vernichtung des Geschäfts, und die actio quanti minoris (Minderungsklage) auf Verminderung des Kaufpreises gestattet [2.], und diess ward in der Folge auf alle das Eigenthum nicht unentgeltlich übertragenden [3.], nicht aber auf andere Geschäf-

[1.] L. 11. §. 18. de act. E. V. (19. 1.) arg. L. 14. §. 9. de aedil. edict. (21. 1.) I. H. Boehmer vindic. iurid. pacti de non praest. evict. Hal. 1735. (Exerc. T. 4.) G. L. Boehmer repetit. vindic. pacti de non praest. evict. Hal. 1737. (auch als praefatio zu I. H. Boehmer Exerc. ad P. T. IV.) Westphal. §. 336—340. Andere Ideen haben A. Faber rational. ad L. 11. §. 18. cit. F. Alef veritas commun. opinion. circa pactum de non praest. evict. Heidelb. 1737. I. T. Richter de pacto evict. non ptaestandae inutili Lips. 1736. I. F. Müller reiterat. vindic. commun. opinion. circa pact. de non praest. evict. Heidelb. 1760. [2.] L. 4. §. 5. de dol. mal. exc. (44. 4.) L. 27. C. h. t. (8. 45.) L. 7. C. comm. utriusque iudic. (3. 28.). Fachinei controv. L. II. c. 40. A. M. ist Voetl. c. §. 32. [3.] Struben z. B. 103. Bed. L. G. Madihn Diss. quae sistit. varias iur. observat. n. 1.

[1.] L. 6. §. 4. de act. E. V. (19. 1.) L. 11. §. 3. eod. [2.] L. 1. L. 38. pr. de aedil. edict. (21. 1.). H. Donellus de aedil. edict. (in opp. prior.) F. Balduinus annot. in Tit. de aedil. edict. (Heineccii iurispr. Rom. et Alt. T. 1.) I. Strauch de aedil. edict. Vit. 1665. (op. n. 19.) E. Otto de aedil. colon. et municip. Lips. 1732. Heineccius ad edict. aedil. flor. sparsio. Hal. 1738. Mascov opusc. T. 2. n. 6. Westphal. v. Kauf. u. s. w. §. 366—548. [3.] L. 1. §. 1.

te ausgedehnt [4.], wiewohl bey diesen die Contracts-Klagen, mit Ausnahme dessen, was jene Klagen singulaires enthalten, dieselben Dienste thun [5.].

§. 173.

Fortsetzung. Der Inhalt des Edicts ist nach seiner jetzigen Ausdehnung bestimmt folgender; A.) jeder Verkäufer haftet wegen der, von ihm versprochenen geistigen oder körperlichen Eigenschaften [1.]: doch werden diese im Zweifel nicht in der höchsten Güte verlangt [2.]; auch sind allgemeine Lobpreisungen nicht als bindendes Versprechen zu behandeln [3.]. Der Verkäufer ist ferner B.) wegen aller, nicht ganz unbedeutenden [4.] Krankheiten, Gebrechen und Fehler der Sache, welche ihrer Brauchbarkeit schaden, verantwortlich [5.] selbst wenn er allgemein, ohne Benennung einzelner Fehler, sich sollte außer Verantwortung gestellt haben [6.]. Bey Sklaven kommen nur körperliche [7.], nicht aber, wenige Fälle ausgenommen [8.], die Fehler der Seele in Betracht [9.], es sey denn, daß sie in Krankheiten des Körpers ihren Grund hätten [10.]. Sind sie so offenbar, daß sie der Käufer ohne grobe Nachlässigkeit hätte entdecken können, so trägt er den Schaden [11.], selbst wenn der Verkäufer ihn arglistig irren ließ [12.]. Welche Fehler übrigens heimliche sind, muß in jedem vorkommenden Fall durch Beurtheilung entschieden werden [13.]. Hat der Käufer sich auf an-

L. 19. §. 5. L. 30. L. 31. L. 33. L. 38. pr. §. 5. L. 49. L. 61. L. 63. h. t. (21. 1.). [4.] L. 63. eod. A. M. ist wegen der nicht glossirten L. 33. C. h. t. (4. 58.) Cuiac Obs. L. 12. c. 38. Allein s. Hotomann Obs. L. 4. n. 17. [5.] Forner rer. quot. L. 4. c. 18. (Otto Thes. T. 2. p. 243.). Stryk de act. investigand. S. 1. M. 6. §. 43.

[1.] L. 17. §. 20. L. 19. §. 2. L. 37. L. 38. §. 10. L. 52. h. t. (21. 1.). [2.] L. 18. pr. §. 1. 2. L. 19. §. 4. eod. [3.] L. 19. pr. §. 3. eod. L. 43. pr. de contr. emt. (18. 1.). [4.] L. 1. §. 8. L. 4. §. 6. L. 5. L. 6. §. 1. 2. L. 11. L. 48. §. 8. L. 52. h. t. (21. 1.). [5.] L. 1. §. 7. L. 38. §. 7. 9. eod. [6.] L. 43. §. 2. de contr. emt. (18. 1.) L. 59. de act. E. V. (19. 1.). [7.] L. 4. §. 4. h. t. (21. 1.). Ein Register hat Westphal §. 445—463. [8.] L. 11. §. 7. L. 17. L. 23. §. 2. 3. eod. [9.] L. 4. §. 2. 3. L. 52. L. 65. pr. eod. [10.] L. 1. §. 9. 11. L. 2. eod. [11.] L. 15. §. 1. de contr. emt. (18. 1.) L. 43. L. 48. §. 3. h. t. (21. 1.). [12.] A. M. ist Stryk U. M. L. 21. T. 1. §. 8. [13.] Vergl. hier Stryk l. c. §. 12. fgg.

dre Art in seinen Erwartungen getäuscht, so mufs er diefs tragen, wenn er nicht eines Irrthums, oder eines Betrugs wegen das Geschäft anfechten kann [14.]. Uebrigens kann der Käufer wegen der Mängel eine, aufs Doppelte gehende Caution verlangen [15.].

§. 174.

Fortsetzung. Ist der Verkauf wider das ädilitische Edict geschehen, so hängt es von der Willkühr des Käufers ab, ob er die Wandelungs-, oder Minderungsklage anstellen will [1.], der Fehler finde nun an einer Haupt- oder Nebensache Statt [2.]; doch setzen beyde Klagen ein unbedingtes Geschäft voraus [3.], so wie, dafs die Fehler nicht zur Zeit des Kaufs aufgehört [4.], und wenn sie sich nachher äufsern, dafs sie schon zur Zeit des Kaufs existirt haben [5.]. Die gemeine Theorie, dafs im Zweifel ein, drey Tage nach dem Kauf sich äufsernder Fehler als zur Zeit der Abschliefsung desselben vorhanden gewesen anzusehen sey [6.], ist eben so willkührlich, als es offenbar widerrechtlich ist, wenn man zur Anstellung der Wandelungsklage den Beweis eines Hauptfehlers, zur Anstellung der Minderungsklage den Beweis eines Nebenfehlers verlangt [7.]. Nur das ist wahr, dafs der Richter von Amtswegen auf Redhibition sprechen kann, wenn die Minderungsklage angestellt, dabey aber offenbar ist, dafs dem Käufer die Sache gar nichts nutze [8.], und in diesem Fall [9.]

C. G. Buder de vitiis pecor. Ien. 1740. I. M. Schneidt de aedil. edict. Wirc. 1770. Lange über die Gewohnheit, die Redhibit-Klage bey Franzosengeschwülsten des Rindviehes anzuwenden. Bützov 1786. W. G. Plouquet über die Hauptmängel der Pferde 2c. Tüb. 1790. I. C. E. Münter das Rofstauscherrecht 2te Aufl. Hannover 1796. 8. 2. Abschn.
[14.] L. 4. §. 4. eod. L. 11. §. 5. L. 13. §. 1. de act. E. V. (19. 1.). [15.] L. 11. §. 9. 11. de act. E. V. (19. 1.) L. 14. C. eod. (4. 49.) L. 31. §. 20. h. t. (21. 1.).

[1.] L. 1. §. 1 – 5. L. 10. §. 2. L. 12. §. 1. L. 14. §. 4. 5. L. 18. pr. L. 37. L. 48. §. 1. L. 52. h. t. (21. 1.). [2.] L. 32. L. 38. pr. eod. [3.] L. 43. §. 9. eod. [4.] L. 1. §. 10. L. 16. eod. [5.] L. 54. eod. L. 3. C. eod. (4. 58.). [6.] Stryk V. M. L. 21. T. 1. §. 26. 27. [7.] Unnütz sind daher die Erörterungen des Stryk l. c. §. 11. 38. [8.] L. 43. §. 6. h. t. (21. 1.). Struben 1. B. 17. Bed. [9.] Nicht allgemein, wie Westphal. §. 546. vermöge der offenbar von

kann man es denn auch dem Verkäufer, gegen den die Minderungsklage gerichtet ist, zugestehen, die Redhibition der Minderung vorzuziehen.

§. 175.

Fortsetzung. Sind mehrere Sachen vereint verkauft, oder lassen sie sich nicht wohl trennen, so zieht die Redhibition der einen Sache die der andern nach sich [1.], sonst aber braucht nur die einzelne fehlerhafte Sache zurückgegeben zu werden, in welchem Fall denn eine Taxe derselben nöthig werden kann [2.]. Ist von mehreren eine Sache verkauft, so haben wir die Vorschrift, dafs von einer Gesellschaft von Sklavenhändlern, wenn nicht jeder einen besondern Theil verkaufte, einem jedem Einzelnen in solidum die Redhibition geschehen kann; andern Verkäufern aber nur pro rata [3.]. Haben mehrere vereint gekauft, so mufs die Redhibition von allen vereint geschehen, doch hat jeder wegen der Entschädigung nur verhältnifsmäfsige Forderungen [4.].

§. 176.

Fortsetzung. Die Wandelungsklage unterscheidet sich dadurch wesentlich von der Minderungsklage, dafs sie nicht, wie diese, auf Herabsetzung der Gegenleistung, sondern auf Recission des Geschäfts angestellt wird [1.]. Die letzte kann daher mehrmals nach einander, die erste hingegen von dem Sieger nur Einmal angestellt werden [2.]. In Ansehung der Verjährung finden gleichfalls wichtige Unterschiede Statt [3.], welche aber erst unten deutlich werden können.

einer laesio ultra dimidium handelnden L. 12. §. 1. de I. D. (23. 3.) irrig behauptet. L. 48. §. 1. h. t. (21. 1.).

[1.] L. 33. §. 1. L. 34. L. 35. L. 38. §. 14. L. 39. L. 40. pr. L. 64. §. 1. h. t. (21. 1.). [2.] L. 36. L. 64. pr. eod. [3.] L. 31. §. 10. L. 44. §. 1. eod. Westphal §. 532. 533. [4.] L. 31. §. 5. 6. 7. eod.

[1.] L. 18. pr. L. 19. pr. L. 23. §. 1. h. t. (21. 1.). Ueberhaupt s. aufser den oben citirten Schriften: V. Riemer de act. aedilit. Ien. 1654. F. Mazei de aedil. act. Rom. 1786. I. G. S. A. Büchner de electiv. ut ferunt act. redhib. cum act. quanti minor. concursu. Giess. 1789. [2.] L. 48. §. 7. eod. L. 31. §. 16. eod. [3.] L. 19. §. ult. L. 31. §. 16. L. 28. L. 34. pr. eod.

§. 177.

Fortsetzung.

Die gegenseitigen Verpflichtungen bey Anstellung der Wandelungsklage sind folgende: A.) der Käufer ist gehalten, dem Verkäufer die Sache zu restituiren, und zwar nebst allen gezogenen und zu ziehenden Früchten, so wie mit allem, in Rücksicht derselben auf irgend eine Art gemachten Gewinn [1.]; auch haftet er wegen der, durch ihn selbst, seiner Angehörigen, Bevollmächtigten und Vorgesetzten der Sache zugefügten [2.], nicht aber wegen zufälliger Beschädigungen [3.], so wie es seine Pflicht ist, die Sache von den darauf gelegten Lasten zu befreyen [4.]. Hat er die Sache so umgewandelt, daſs sie nach Justinians Theorie [5.] als ein neues Wesen zu betrachten ist, so kann er sie dem Verkäufer nicht aufdringen [6.]. Was B.) den Verkäufer betrifft, so muſs er a.) dem Käufer den Preis nebst Zinsen, und wenn er ungehorsam ist, das Doppelte restituiren, so wie alles, was derselbe bey Schlieſsung des Handels nach Verabredung, oder weil es seyn muſste, ausgegeben hat [7.]; ferner b.) die auf die Sache verwandten nöthigen und **nützlichen** Auslagen [8.]; auch muſs er c.) dem Käufer den, demselben **durch die Sache** zugefügten Schaden vergüten, und zwar natürlich unbedingt, wenn ihm eine Schuld beygemessen werden kann, sonst aber nur unter der Voraussetzung, daſs er sie dem Käufer nicht Statt Schadenersatzes lassen will [9.]. Dagegen braucht er d.) dem Käufer den, demselben **durch das Geschäft** erwachsenen Schaden nur dann zu vergüten, wenn er arglistig verfuhr; sonst gibt er bloſs das Erhaltene zurück. [10.]. Auf allen Fall darf das gesammte Interesse nicht über das Doppelte berechnet [11.], es kann aber auch gefordert werden, selbst wenn die Sache bereits evin-

[1.] L. 23. §. 9. L. 43. §. 5. eod. [2.] L. 25. §. 1. 2. 3. 5. L. 31. §. 11. 14. 15. eod. [3.] L. 47. §. 1. eod. [4.] L. 43. §. 8. eod. [5.] in §. 29. I. de rer. divis. (2. 1.). [6.] Vergl. **Carpzov** P. 3. Dec. 222. mit **Schilter** Exerc 34. §. 13. [7.] L. 27. eod. **Stryk** l. c. §. 30. [8.] L. 29. §. 3. L. 30. §. 1. eod. A. M. ist, wegen vernachlässigter Unterscheidung zwischen expensis und impensis, **Hellfeld** iurispr. For. 1111. [9.] L. 23. §. 8. L. 31. pr. L. 58. pr. eod. [10.] L. 1. §. 2. eod. L. 1. C. h. t. (4. 58.) L. 13. pr. de act. E. V. (19. 1.) A. M. ist **Costa** quaest. iur. memor. c. 13. (**Otto** Thes. T. 5. p. 418.). [11.] L. 11. §. 10. de

cirt seyn sollte [12.], so wie es sich nach den angeführten Gesetzen von selbst versteht, daſs diese Entschädigungsforderungen sich auch bey der Minderungsklage denken lassen. Auch ist noch zu bemerken, daſs wenn die Redhibition vollständig geschehen ist, ohne daſs der Verkäufer dem Käufer das Gehörige geleistet hat, der letzte jenen deshalb durch eine actio in factum belangen kann [13.].

§. 178.

Fortsetzung.

Die Verpflichtung zur Gewähr der Mängel fällt weg A.) bey dem Verkauf unbedeutender Dinge [1.], obwohl viele glauben, daſs hier dennoch wegen gänzlicher Unbrauchbarkeit auf Redhibition geklagt werden könne [2.]. 6.) Wenn der Fiscus Verkäufer war [3.]. Der Staat ist nicht ausgenommen [4.]. Auch braucht c.) der Schenker für nichts zu haften, wenn er nicht arglistig verfuhr [5.], so wenig als d.) der Verkäufer einer universitas in den Fällen, da er wegen der Eviction nicht einmal verantwortlich ist [6.]. Endlich e.) wenn der Verkäufer es sich bedung, für gewisse bestimmte Fehler nicht stehen zu wollen, und ihm hiebey keine Arglist vorgeworfen werden kann [7.].

§. 179.

8.) Pflicht, nicht über die Hälfte zu verletzen.

Eine mit der zuletzt erörterten sehr analoge Verpflichtung ist 8.) bey onerosen Verträgen die Verbindlichkeit beyder Theile, sich nicht über die Hälfte (ultra dimidium, enormiter) zu verletzen [1.]. Es findet diese nicht bloſs

act. E. V. (19. 1.). [12.] L. 16. §. 2. L. 44. §. 2. h. t. (21. 1.) [13.] L. 31. §. 17. 1. B. 19. eod. Burchard D. de act. in fact. ex L. 51. §. 17. de aedil. edict.

[1.] L. 48. §. 8. h. t. (21. 1.) Westphal §. 417. [2.] Lauterbach coll. L. 21. T. 1. §. 5. [3.] L. 1. §. 3. eod. [4.] L. 1. §. 4. eod. [5.] L. 62. eod. [6.] L. 32. L. 33. eod. [7.] L. 14. §. 9. eod. L. 39. de act. E. V. (19. 1.).

[1.] L. 2. L. 8. C. de resc. vend. (4. 44.) vergl. mit L. 78. 79. pro soc. (17. 2.) L. 6. §. 2. L. 12. pr. de iure dot. (23. 3.) L. 3. C. commun. utriusque iudic. (3. 28.). Ueberh. H. de

beym Kauf, und hier sowohl von Seiten des Käufers, als Verkäufers [2.], sondern auch bey andern Geschäften, welche das Eigenthum, oder andre Rechte übertragen, Statt [3.], und zwar ist das allgemeine Princip: wer an Werth über einmal so viel empfing, als er weggab, hat den andern über die Hälfte verletzt [4.], mithin ist der Verkäufer enorm lädirt, wenn er nicht einmal die Hälfte des wahren Werthes der Sache empfing, der Käufer, wenn er mehr als den doppelten Werth weggab [5.]. Auch dann, wenn durch sogenannte arbitratores (§. 137.) das Object des Vertrags bestimmt ist, kann nur über eine solche Verletzung Beschwerde geführt werden [6.].

§. 180.

Fortsetzung.

Verringerung des Werths, welche erst nach dem Contract eintritt, schadet natürlich

Cocceii de remed. L. 2. C. de resc. vend. Heidelb. 1679. (Ex. V. 1. n. 36.). C. Thomasius de aequitate cerebrin. L. 2. C. de resc. vend. Hannesen de immodica laesione eiusque probat. Goett. 1747.. G. S. Wiesand progr. ad L. 2. C. de resc. v. Vit. 1768. I. P. Gregel Sp. exhib. remed. L. 2. C. cit. brevi system. trad. Wirzb. 1798. [2.] A. M. ist im Betreff des Käufers Cuiac Obs. L. 14. c. 18. L. 23. c. 32. Merill Obs. L. 23. c. 32. und noch strenger Müller ad Leyser Obs. 415. — Allein s. Cocceii I. C. L. 18. T. 5. qu. 2—5. 7. 14. 16—21. C. R. Koch de L. 2. C. de resc. vend. etiam ad emtor. extendenda. Arg. 1759. [3.] In Betreff der Pachtungen sind abweichend wegen L. 23. locat. (19. 2.) A. Faber error. pragm. D. 8. E. 8. Huber prael. L. 18. T. 5. §. 3. Allein ohne Grund. Voet L. 18. T. 5. §. 13. Struben 3. B. 119. Bed. H. G. Bauer D. quod L. 2. C. de resc. vend. etiam ad locat. pertineat. Lips. 1762. [4.] L. 2. C. de resc. vend. (4. 44.). [5.] Averan interpr. L. 3. c. 7. I. U. de Cramer disqu. de laesione enorm. recte computanda. (op. T. 3. p. 581.) I. S. T. Gehler de laes. emtoris ultra dimid. recte computanda. Lips. 1777. Herrenschneider Diss. I. II. de enormis laes. computat. Argentor. 1784. 1785. Florencourt Abh. aus der jurist. und polit. Rechenkunst S. 243. fgg. — Andere halten den Käufer schon verletzt, wenn er mehr als $1\frac{1}{2}$ des wahren Werths gegeben hat. I. A. Ickstadt de laes. enorm. in contr. emt. vend. recte computanda Herbip. 1734. Idem de laesion. enorm. recte comput. Ibid. 1735. [6.] Cocceii I. C. l. c. qu. 26.

dem Empfänger [1.]. War hingegen die Verletzung zur Zeit des abgeschlossenen Geschäfts vorhanden, und zwar bey unbeweglichen Sachen nach der Taxe des Orts, wo sie liegen, bey andern nach dem Marktpreise des Orts, wo der Vertrag geschlossen ist [2.]: so kann der Verletzte, nach vorgängigem Beweise der Verletzung, wobey Urkunden nicht ausgeschlossen sind [3.], nur Eins, nämlich Aufhebung des Geschäfts verlangen; doch steht es in der Wahl des Gegentheils, durch verhältnifsmäfsiges Nach- oder Rückzahlen, bis zum vollen wahren Werth die Rescission abzuwenden [4.].

§. 181.

Fortsetzung.

Die Rechtsmittel, deren sich der Verletzte bedienen kann, sind eine Einrede, wenn er belangt wird, und sofern er klagen will, die aus dem Geschäft selbst entspringende Klage [1.], welche Rechtsmittel auch den Erben des Verletzten nicht zu versagen sind [2.]. Es gehen jedoch diese Klagen nicht gegen den dritten Besitzer [3.]. Erfolgt die Rescission, so müssen beyde Theile sich das Empfangene restituiren; doch ist nicht entschieden, ob die genossenen Vortheile sich compensiren, oder auch der Restitution unterworfen sind [4.]. Die auf die Sache gemachten nöthigen und nützlichen Verwendungen müssen hier natürlich dem Restituirenden insofern vergütet werden, als diefs jeder Besitzer in gutem Glauben verlangen kann.

[1.] L. 8. C. de resc. vend. (4. 44.). [2.] Berger oec. iur. L. 3. T. 5. §. 18. not. 3. [3.] Vergl. Struben 3. B. 108. Bed. Lauterbach coll. L. 18. T. 5. §. 22. Wernher lect. comm. eod. §. 5. Hannesen Diss. cit. [4.] L. 2. C. l. c. Cocceii I. C. l. c. qu. 4. A. P. Frick de libello actionis ob laesionem enormem instituendae non disiunctive concipiendo. Helmst. 1744.

[1.] Voet l. c. §. 4. A. M. ist H. I. Lienau de natur. et indole act. quae ob laesion. enorm. conceditur. Goett. 1782. [2.] I. C. L. de Schellwitz C. utrum heredi remed. L. 2. C. de resc. vend. detur? Ien. 1767. I. N. Moeckert de act. rescissoria ob laes. enorm. liberis hered. non deneganda. Rintel. 1767. A. M. ist W. Kaestner remed. ex L. 2. C. de resc. vend. liberis heredibus non opitulari. Lips. 1764. [3.] Mevius P. 5. Dec. 147. Willkührliche Ausnahmen macht Cocceii I. C. l. c. qu. 10. [4.] Vergl. Voet l. c. §. 10. mit Cocceii l. c. qu. 24.

§. 182.

Fortsetzung.

Das Gesuch um Rescission des Geschäfts aus diesem Grunde fällt weg, a.) wenn bey dem, welcher zuviel empfing, das Empfangene ohne Arglist desselben untergegangen ist [1.]. Hat dagegen der, welcher zuviel weggab, das Empfangene zufällig verloren, so kann er von dem Bereicherten noch immer Entschädigung fordern [2.]. b.) Wenn der Verletzte einen ungewissen Vertrag schloſs, wobey er nach allgemeinen Wahrscheinlichkeiten eben so viel gewinnen konnte, als er jetzt wirklich verliert [3.]; c.) wenn der Verletzte wuſste, daſs er zuviel weggab, zumal jetzt, da Schenkungen auch durch stillschweigende Einwilligung geschehen können [4.]. Nach der Meynung vieler, d.) wenn die Veräuſserung vermittelst einer öffentlichen Versteigerung geschah [5.], wofür es jedoch keinen hinlänglichen Grund gibt [6.]; wohl aber e.) wenn der Verletzte nachher seinem Recht entsagte [7.], wohin auch der Fall gehört, wenn er willkührlich das Empfangene, wenigstens dann veräuſsert, wenn ihm die Verletzung bekannt war [8.], oder f.) durch ein richterliches Urtheil unter mehreren Theilen Rechtsverhältnisse bestimmt wurden [9.]. Man darf es aber dem richterlichen Urtheil nicht gleichsetzen, wenn ein Vertrag bloſs gerichtlich bestätigt wird [10.]. Endlich g.) wenn durch die Gesetze selbst der gegebene Preis bestimmt ist [11.].

[1.] Struv Ex. 23. Th. 90. [2.] Lauterbach coll. L. 18. T. 5. §. 28. fgg. A. M. ist Toullieu de usu remed. L. 2. C. de resc. vend. re alienata vel extincta. (in Collect. n. 12.). [3.] L. 8. C. h. t. (4. 44.) L. 17. C. de usur. (4. 32.). Meditationen über versch. R. M. 4. B. n. 217. Ueber die Anwendung dieses Princips auf Erbschaften und den Vergleich s. Leyser Sp. 205. M. 4. Meine Versuche 2. B. n. 11. [4.] L. 11. C. h. t. (4. 44.) L. 9. C. de act. emt. (4. 49.). [5.] Cocceii I. C. l. c. qu. 15. Noch weiter geht Hommel rhaps. Obs. 586. [6.] Pufendorf T. 3. Obs. 78. Köchy Meditat. 1. B. n. 15. [7.] L. 29. C. de pact. (2. 3.). [8.] Unbedingt stellt den Satz mit Vielen Cocceii l. c. qu. 9. n. V. [9.] L. 36. fam. herc. (10. 2.) L. 27. de re iudicat. (42. 1.) L. 3. C. comm. utriusque iudic. (3. 38.). A. M. ist Cocceii L. 10. T. 2. qu. 6. Hofacker T. 3. §. 3058. [10.] Struben 5. B. 127. Bed. [11.] C. L. Crell de pretio legali. Vitemb. 1756.

§. 183.

9.) Uebergang auf die Erben.

Alle bis jetzt erwähnten Wirkungen der Verträge gehen 9) im Zweifel auf die Erben über [1.], wenn nicht ausdrücklich das Gegentheil ausgemacht ist, oder die Natur des Geschäfts, z. B. wenn die Leistung besondere persönliche Eigenschaften voraussetzt, ein anderes mit sich bringt [2.]. Sind die Wirkungen eines Vertrages blofs auf die Contrahenten beschränkt, so nennt man ihn pactum personale oder in personam; gehen sie hingegen auch auf andre, z. B. Bürgen und Erben über, so heifst der Vertrag pactum reale oder in rem [3.].

Vierte Abtheilung.

Ueber das Aufhören der Rechte und Verbindlichkeiten.

§. 184.

Beschränkung und Vernichtung.

Betrachtet man die Rechte und Verbindlichkeiten in Rücksicht ihrer Dauer, so mufs man von dem Hauptgrundsatz ausgehen, dafs jedes Recht so lange dauert, bis es nach besonderen Bestimmungen erlischt, und dafs es nicht weiter aufhört, als diese Bestimmungen dasselbe einschränken. Da nun ein Recht sich mehrfach, durch Klagen und Einreden äufsert, so sollte man auch eigentlich die unbedingte Regel annehmen, dafs wenn der Berechtigte blofs sein Klagrecht durch Verträge oder Gesetze verloren hat, die übrige Wirksamkeit des Rechts nicht mit vernichtet ist [1.]. Allein wir haben die bestimmte Vorschrift, dafs wenn das Gesetz einem Gläubiger blofs zum Vortheil des Schuldners die Klage abspricht, oder diesem blofs eine Einrede gegen die Klage jenes gestattet ist, eben dadurch das ganze Recht des Gläubigers

[1.] L. 7. §. 8. de pact. (2. 14.) L. 13. C. de contrahend. stip. (8. 38.). [2.] Leyser Sp. 41. [3.] L. 7. §. 8. L. 25. §. 1. de pact. (2. 14.). I. Scheffer de pacto reali et personali. Giess. 1692.

[1.] Weber über die natürlichen Verbindlichkeiten, §. 91. 92.

erlischt [2.]. Die Römer sind jedoch diesen Grundsätzen nicht überall getreu geblieben [3.].

§. 185.

Fortsetzung.

Aus der gänzlichen Aufhebung eines Rechts entspringen vernichtete (nullae, reprobatae), aus der theilweisen Aufhebung desselben eingeschränkte Verbindlichkeiten (restrictae). Ist eine Verbindlichkeit so vernichtet, dafs sie selbst nach der Strenge des Rechts als nicht vorhanden anzusehen ist: so wird sie eine schlechthin vernichtete (ipso iure nulla) genannt; kann hingegen der Verpflichtete sich nur blofs nach der Billigkeit gegen die Strenge des Rechts durch das Berufen auf jene (ope exceptionis) gegen den Gläubiger decken, so heifst sie eine unwirksame (inefficax). Der Unterschied liegt darin, dafs dort die Klage überhaupt, hier aber nur nach vorgeschützter Einrede zu verwerfen ist [1.].

§. 186.

Wird nicht durch Ablauf der Zeit bewirkt.

Ein Recht ist, schon seines Begriffs wegen, in Ansehung seiner Ausübung, nicht an eine gewisse Zeit gebunden. Kein Recht geht also durch blofsen Nichtgebrauch verloren, wenn nicht positive Bedingungen diefs vorschreiben. Man nennt diesen im Nichtgebrauch beruhenden Verlust eines Rechts Verjährung. Der systematischen Ordnung zufolge, würde hier der Ort seyn, im Allgemeinen die Natur dieses Instituts zu entwickeln. Allein da diese ganze Materie nur durch Zusammenstellung aller einzelnen Theile recht anschaulich gemacht werden kann, und insofern die Bekanntschaft mit dem ganzen Detail des Civil-Rechts voraussetzt: so mufs sie, der Deutlichkeit wegen, als letzter Theil das ganze System beschliefsen.

[2.] L. 26. §. 3. 7. L. 40. L. 43. L. 54. L. 56. de condict. indeb. (12. 6.) L. 112. de R. I. (50. 17.) L. 9. C. ad L. Falcid. (6. 49.). Vergl. mit L. 7. §. 4. de pact. (2. 14.).
[3.] L. 5. §. 1. L. 9. L. 53. de cond. indeb. (12. 6.). Voet eod. Tit. §. 4. 17.

[1.] Vergl. überh. Wehrn v. gerichtl. Einwend. §. 10. Westenberg de causs. obligat. Diss. 1. Cap. 4.

§. 187.

Allgemeine Erlöschungsgründe.

Die Thatumstände, wodurch Rechte und Verbindlichkeiten erlöschen, sind sehr mannigfaltig. Im Allgemeinen lassen sich darüber nur folgende Grundsätze aufstellen: 1.) Rechte und Verbindlichkeiten dauren in der Regel fort, auch wenn sich in der Folge solche Umstände ereignen, welche, wenn man sie vorhergesehen hätte, von Eingehung dieses Rechtsverhältnisses würden abgehalten haben [1.]. Nur dann werden sie durch neu eintretende Thatumstände vernichtet, wenn diese das directe Gegentheil von dem Entstehungsgrunde des ganzen Rechtsverhältnisses sind [2.]. Verbindlichkeiten erlöschen ferner, 2.) wenn Niemand ein weiteres Interesse hat, auf ihre Erfüllung zu dringen [3.], oder 3.) der Berechtigte selbst die Erfüllung hindert [4.], so wie, 4.) wenn ein Zufall die Leistung unmöglich macht [5.].

Dritter Abschnitt.

Ueber das Subject der Rechte und Verbindlichkeiten.

§. 188.

I.) Rechtsfähigkeit.

Das dritte, was bey Rechten und Verbindlichkeiten in Betracht kommt, ist das Subject derselben, d. h. dasjenige, dem etwas möglich oder nothwendig ist. Hier ist nun 1.) zunächst die Frage vor allen zu erörtern: wer kann Subject eines Rechts seyn, und zwar sowohl nach der Natur der Sache (natürliche Rechtsfähigkeit), als den Vorschriften des positiven Rechts (bürgerliche Rechtsfähigkeit)? Derjenige, welcher in irgend einer Rücksicht als Subject eines Rechts betrachtet wird, heifst insofern Person, besonders insofern man ihn als Subject bürgerlicher Rechte betrachtet; Sache

[1.] Weber über die nat. Verb. §. 90. [2.] L. 35. de R. I. (50. 17.). [3.] L. 71. pr. de cond. et demonstr. (35. 1.) L. 38. §. 17. de V. O. (45. 1.). Cuiac. Obs L. 17. c. 29. [4.] L. 35. pr. L. 83. §. 5. de V. O. (45. 1.) L. 185. de R. I. (50. 17.). [5.] L. 85. §. 7. de V. O. (45. 1.).

dagegen heifst dann alles, was den Gegensatz einer Person ausmacht [1.].

§. 189.

1.) Natürliche. Dazu gehört A.) menschlicher Körper.

Wer als natürlich rechtsfähiges Subject betrachtet werden will, mufs Vernunft und Willen haben. Hiezu gehört nun, A.) dafs er einen menschlichen Körper habe. Fehlen einem vom Weibe gebohrnen Wesen durchaus die physischen Anlagen, welche das Characteristische des Menschen begründen, so heifst es monstrum, und wird keiner Rechte fähig gehalten [1.], wiewohl das Leben desselben im Staat nicht der blofsen Willkühr der Aeltern überlassen werden kann [2.].

§. 190.

B.) Gebohrenseyn.

Es mufs B.) jedes menschliche Wesen, um als Subject von Rechten betrachtet werden zu können, wirklich gebohren d. h. auf irgend eine Weise von der Mutter getrennt-seyn. Was im Mutterleibe ist (Embryo) wird nach der Strenge als Theil der Mutter angesehen [1.]; doch sind alle Handlungen verboten, welche die Ausbildung und künftige Geburt desselben hindern [2.]; auch hat man es als Grundsatz angenommen, dafs der Embryo, sofern von dessen Vor-

[1.] pr. I. de iure person. (1. 3.) §. 4. I. de cap. minut. (1. 16.) L. 20. §. 7. qui test. fac. poss. (28. 1.) L. 15. C. de SS. eccles. (1. 5.).

[1.] L. 14. de stat. hom. (1. 5.) L. 14. §. 1. de liber. et posthum. (28. 2.). Weber D. de iure monstror. Giess. 1712. Ludwig Obs. physc. Med. Obs. 1. Haller gerichtl. Arzneyw. 1. Thl. S. 184. 185. C. L. Schweickhardt Beschreibung einer Mifsgeburt nebst einigen medic. Bemerk. über diesen Gegenstand. Tübing. 1801. 3. Abschn. [2.] Huber L. 1. T. 5. §. 7. Mancherley andre, zum Theil durch Haller a. a. O. S. 190. fgg. widerlegte Meynungen haben Leyser Sp. 15. cor. 2. Vol. IX. Sp. 47. M. 7. Müller ad Leyser Obs. 83.

[1.] L. 1. §. 1. de ventr. inspic. (25. 5.) L. 9. §. 1. ad L. Falcid. (35. 2.) L. 2. de mort. inferend. (11. 8.). Eckhard hermen. iur. §. 137. Vergl. überh. Mallinkrot de statu nondum nator. etc. Giess. 1782. Mauchart über die Rechte des Menschen vor s. Geburt. Frkf. u. Leipz. 1782. [2.] L. 18.

theil die Rede sey, als rechtsfähige Person betrachtet werden müsse [3.].

§. 191.

C.) Leben und Lebensfähigkeit.

Das menschliche gebohrne Wesen muſs C.) lebendig und lebensfähig gebohren seyn. Das erste erkennt man nicht bloſs aus dem Geschrey, sondern jedem andern sichern Lebenszeichen [1.]; die Lebensfähigkeit (Vitalität) hingegen liegt darin, daſs das lebendig gebohrne Wesen so lange von der Mutter getragen ist, daſs es, auch wenn es noch nicht ganz vollkommen ausgewachsen seyn sollte, dennoch auſser der Mutter sein Leben fortsetzen kann. Die Gesetze fordern zur Vitalität, daſs ein Kind nach 181 Tagen vom Augenblick der Conception gebohren werde. Wird es vorher gebohren, so heiſst es Abortus, und hat keine Kindesrechte [2.], auch wenn es den 182sten Tag seiner Existenz erreichen und überleben sollte [3.].

§. 192.

D.) Vernunft.

Auch der lebendige lebensfähige Mensch kann selbst nur insofern als Subject eines Rechts und einer Verbindlichkeit angesehen werden, als er D.) des Gebrauchs seiner Vernunft mächtig ist. Menschen also, in denen entweder die Vernunft noch unentwickelt schlummert, oder die durch Krankheit des Gebrauchs derselben beraubt sind, können insofern weder als berechtigt, noch verpflichtet angesehen werden, es mag nun die Geistesabwesenheit mit Raserey begleitet seyn (furiosi), oder nicht (mente capti, dementes)

de stat. hom. (5. 1.) L. 3. de poen. (48. 19.) [3.] L. 26. de stat. hom. (1. 5.).

[1.] L. 3. C. de posth. hered. inst. (6. 29.). [2.] L. 12. de stat. hom. (1. 5.) L. 3. §. 12. de suis et legitim. (38. 16.) L. 2. C. l. c. Haller a. a. O. S. 110—112. Plouquet über die phys. Erfordernisse der Erbfähigkeit §. 71. 72. Cocceii I. C. L. 1. T. 6. qu. 3. — A. M. sind, theils wegen L. 3. cit. und L. 12. §. 1. de lib. et posth. (28. 2.), theils aus medicinischen Gründen Caranza de part. natural. et legitim. c. 3. Stryk U. M. P. L. 1. T. 5. §. 14. Ammann medic. crit. Resp. 6. 8. — Vergl. auch noch Oelze de partu vivo vitali et non vitali praecipue rat. transmiss. hered. Jen. 1768. [3.] Das Gegentheil behauptet Glück Comm. §. 115.

[1.]; wiewohl in Augenblicken der wiederkehrenden Vernunft (dilucida intervalla) ihre Rechtsfähigkeit für diese Zeit wieder auflebt [2.]. Bis zum Beweise des Gegentheils streitet für jeden die Vermuthung, dafs er vernünftig sey [3.].

§. 193.

2.) Bürgerliche Rechtsfähigkeit.

Die bürgerliche Rechtsfähigkeit hängt von willkührlichen Bestimmungen der Gesetze ab. Sie kann aufgehoben werden theils absolut, theils für gewisse Fälle. Diese letzten werden in der Folge einzeln angeführt werden. Unter die erste Rubrik würde die Lehre von den Römischen Sklaven und den peregrinis gehören, welche ersten fast durchaus aller, und die letztern bürgerlich Römischer Rechte unfähig gehalten wurden. Da wir aber keine Sklaven mehr haben, und unsre Deutsche Verfassung über Leibeigenschaft und Bürgerrecht von ganz andrer Natur ist: so mufs bey dem Pandektenvortrage das, was die Verfassung der Römer betrifft, der Rechtsgeschichte, das übrige dem Deutschen Recht überlassen werden.

§. 194.

II.) Mehrere Rechte Einer Person.

Mehrere können Subject eines Rechts und einer Verbindlichkeit seyn, so wie umgekehrt Einer mehrere Rechte haben, und mehrfach verpflichtet seyn kann [1.]. In Beziehung auf den letzten Fall bedarf es hier nur noch der Bemerkung, dafs wenn mehrere Rechte und Verbindlichkeiten in Einem Subject zusammentreffen, und nicht nach dem obigen (§. 82.) dadurch erlöschen, ein jedes der Rechte vollständig ausgeübt, und die Erfüllung jeder Verbindlichkeit vollständig verlangt werden kann [2.]; dafs ferner, wenn nur eines der Rechte ausgeübt werden kann,

[1.] §. 3. I. de curator. (1. 23.) L. 6. de curat. furios. (27. 10.) L. 2. de inoff. test. (5. 2.) I. A. Frommann de iure furiosor. singular. Tüb. 1655. Stryk de dementia et melancholia. [2.] §. 1. qui test. fac. poss. (1. 14.) L. 17. eod. (28. 1.) L. 9. C. eod. (6. 22.). [3.] Thomasius D. de praesumtione furor. et dementiae. Crell de probatt. sanae mentis.

[1.] Hert de uno homine plures sustinente personas (in op. Vol. 1. T. 3. p. 27. fgg.). [2.] Koch success. ab intest.

im Zweifel dem Berechtigten die Wahl zusteht [3.]; und endlich daſs alles, was er in der einen Rücksicht thut, in der andern Rücksicht ohne Nachtheil für ihn ist [4.].

§. 195.

III.) Mehrere Subjecte Eines Rechts. 1.) Communio.

Wenn mehreren ein ungetheiltes Recht zusteht, oder mehrere Personen Subject Einer Verbindlichkeit sind, so ist es Regel: jeder Berechtigte hat einen verhältniſsmäſsigen, im Zweifel gleichen Antheil am Ganzen, und jeder Verpflichtete kann nur auf einen proportionirten Theil belangt werden [1.]. Steht mehreren ein ungetheiltes Recht zu, welches nicht, wie Geldforderungen [2.] durch sich selbst getheilt ist; so nennt man dieſs eine Gemeinschaft (communio). Diese hat denn zur Folge, daſs einem jeden der Berechtigten ein idealer gleicher oder ungleicher Antheil am Ganzen zusteht, und daſs das Recht desselben sich theilweise über alle Theile des Gegenstandes der Gemeinschaft (pro indiviso) erstreckt [3.]. Ist die Gemeinschaft ein dingliches Recht, so nennt man sie im allgemeinen condominium.

§. 196.

Fortsetzung.

Eine Gemeinschaft kann sich nur auf einzelne, oder auf die gesammten Rechte verschiedener Personen beziehen [1.]. In jenem Fall nennt man sie eine particulaire, in diesem eine universelle. Wird sie nicht durch einen Vertrag errichtet, sondern entsteht sie auf andre Weise [2.]: so pflegt man ihr den Namen communio incidens zu geben.

Auct. III. §. 1. [3.] L. 12. pr. de legat. I. (30.). Hert l. c. Sect. 1. §. 3. 5. Mevius P. 1. Dec. 291. [4.] §. 4. I. de inoffic. testam. (2. 18.).

[1.] L. 29. pr. pro socio (17. 2.) L. 11. §. 1. de duob. reis (45. 2.) L. 5. C. si cert. petat. (4. 2.) Schmidt de praestatione ratae Rostoch. 1741. G. L. Crell de praesumt. aequalitatis in iudic. divisor. (Diss. T. IV. n, 12.). (2.) L. 2. §. 5. L. 4. pr. L. 25. §. 1. fam. hercisc. (10. 2.). [3.] L. 16. pr. l. c. L. 19. si servit. vindic. (8. 5.) L. 6. §. 8. commun. divid. (10. 3.) L. 5. §. 2. qui pot. in pignor. (20. 4.) L. 7. §. 4. quib. mod. pign. solvit. (20. 6.).

[1.] S. d. Titel P. pro socio. (17. 2.). [2.] z. B. L. 31. 32. l. c. §. 25. I. de rer. divis. (2. 1.) I. F. Kayser de commun. incidente. Giess. 1719.

§. 197.

Fortsetzung.

Wer in einer Gemeinschaft steht, kann über seinen Antheil, so weit dieſs, z. B. durch Veräuſserung, unbeschadet des Rechts der übrigen geschehen kann, frey verfügen [1.], und, aller entgegenstehenden vertragsmäſsigen, und anderen Verfügungen ungeachtet die Aufhebung derselben verlangen [2.]. Jede weitere Disposition, jeder Eingriff in die Rechte der andern ist, insofern als er dieſs ist, verboten, und nichtig [3.], wenn nicht entweder zur Erhaltung des Gegenstandes, worauf sich das Recht bezieht, eine solche einseitige Disposition nothwendig [4.], oder den übrigen durchaus unschädlich seyn sollte [5.]. Selbst die Majorität der Stimmen bindet den einzelnen Widersprechenden nicht, vielmehr dieser, als solcher, den Willen aller andern [6.].

§. 198.

2.) Rechte einer Gemeinheit.

Man muſs sich wohl vorsehen, mit diesen gemeinschaftlichen Rechten die Rechte einer Gemeinheit (Gesammtrechte, Gesammteigenthum) nicht zu vermengen. Die Grundsätze darüber gehören eigentlich in die Lehre von den Rechten einzelner Personen; allein um sie durch Entgegenstellen zu schärfen, ist es zweckmäſsiger, an diesem Orte davon zu handeln.

§. 199.

Begriff der Gemeinheit.

Eine jede zu einem immerwährenden Zweck verbundene Mehrheit von Personen heiſst Gemeinheit (universitas, collegium). Soll eine solche im Staat als erlaubt angesehen werden (collegium licitum), so muſs sie das Recht, sich zu

[1.] L. 1. §. 3. C. comm. div. (3. 37.) L. 68. pro soc. (17. 2.) L. 13. §. 17. C. de act. emt. (4. 49.). [2.] L. 14. §. 2 comm. divid. (10. 3.) L. 59. pro soc. (17. 2.). [3.] L. 2. de servitut. (8. 1.) L. 1. 4. C. commun. rer. alienat. (4. 52.). [4.] L. 52. §. 2. pro soc. (17. 2.) L. 4. C. de aedific. privat. (8. 10.) A. Beier de restaurat. dom. ruinos. commun. Ien. 1677. [5] L. 13. §. 1. de S. P. U. (8. 2.) Leyser Sp. 118. m. 1. C. 1. vergl. mit Wernher lect. comm. L. 10. T. 3. §. 7. [6.] L. 28. comm. divid. (10. 3.) L. 10. de aqua et aqu. pluv. arc. (39. 3.) Struben 5. B. 30. Bed. Pufendorf T. 1. Obs. 125.

constituiren, vom Regenten auswirken [1.], worauf sie denn neue Glieder im Zweifel nach Willkühr aufnehmen kann, nur nicht, wenigstens nach den Gesetzen, das Mitglied einer andern Gemeinheit [2.]. Bey Errichtung derselben müssen nicht unter drey Personen da seyn, doch kann sie nachher durch Eine fortgesetzt werden [3.].

§. 200.

Gemeinde-gewalt.

Wenn eine Gemeinheit auf gehörige Weise, d. h. nachdem alle Glieder auf die herkömmliche Art berufen, von den Berufenen wenigstens zwey Drittheile erschienen, und diese durch Mehrheit der Stimmen über etwas übereingekommen sind [1.]: so begründet dieser Schluſs der Majorität ein Gesetz in allen Gemeinesachen, welches die sämmtlichen Glieder anerkennen müssen [2.]. Personen, welche unter Vormündern stehen, müssen nach der Meynung vieler mit diesen berufen werden [3.]. Es bedarf indeſs keiner Berufung aller, wenn gewissen Personen die Besorgung der Gemeineangelegenheiten übertragen ist [4.], so wie jeder Einzelne seine Einwilligung geben muſs, wenn die, demselben als solchen gehörenden Rechte beschränkt werden sollen [5.].

[1.] L. 1. L. 3. §. 1. de colleg. et corp. (47. 22.) L. 1. quod cuiuscuncq. univ. nom. (3. 4.) cap. 7. x. de privil. (3. 55.) Heineccius D. de colleg. et corpor. opificum (op. var. syllog.) [2.] L. 1. §. 2. de colleg. (47. 22.) L. 10 §. 1. C. de assessor. (1. 52.) cap. 5. x. de praebend. (3. 5.) cap. 3. x. de cleric. non resident. (3. 4) Leyser Sp. 559. c. 4. Schilter Ex 49. §. 54. [3.] L. 7. §. ult. quod. cuiusc univ. nom. (3. 4.) L. 85. de V. S. (50. 16.).

[1.] L. 19. ad municipal. (50. 1.) L. 5. C. de legat. (6. 37.) L. 2. C. de decurion. (10 31) L 3 de decret. ab ord. fac. (50. 9.). [2.] L. 5. C. de legat. (6. 37) L. 46. C. de Decurion. (10. 31.) L. 2. 3. C. de praed. decurion. (10. 33.) L. 19. de tutor. et curat. dat. (26. 5.) L. 160. de R. I. (50. 17.) L. 19. ad municip. (50. 1.). [3.] Stryk U. M. P. L. 3. T. 4. §. 10. Wesenbeccius comm. eod. Tit. n. 5. [4.] Riccius v. Stadtges. 2. B. 6. Hpst. §. 3. [5.] L. 5. in fin. C. de auctor. praestand. (5. 59.) L. 28. comm. divid. (10. 3.) cap. 29. 56. de R. I. in 6. (Lib. 5.).

§. 201.

Recht derselben über Gemeindesachen.

Da auf diese Weise der Gesammtwille der Gemeinheit, durch die Mehrheit erklärt, das eigentliche Subject der Rechtsverhältnisse derselben ist: so folgt denn daraus der äußerst folgereiche Satz, daſs das einzelne Mitglied der Gemeine als solches durchaus keinen verhältniſsmäſsigen Antheil an den Rechten und Verbindlichkeiten der Gemeine hat, und ohne besondere Erlaubniſs [1.] weder über jene irgend etwas verfügen, noch wegen dieser theilweise in Anspruch genommen werden kann [2.]. Eine Gemeine kann daher, wenn nicht den Gliedern derselben als Einzelnen unwiderrufliche Rechte an der Gemeinesache eingeräumt sind, welches aber nicht immer aus der bisher Statt gehabten Benutzung geschlossen werden kann [3.], durch einen Schluſs der Mehrheit unbedingt über die Art der Benutzung, und die Theilung ihrer Sachen für alle verbindliche Verfügungen treffen [4.]. Nach Auflösung einer Gemeinheit sollte eigentlich das Vermögen derselben, als Herrenlos, dem Fiscus zufallen; doch ist, vermöge der Gesetze den gewesenen Mitgliedern die Vertheilung desselben unter sich erlaubt [5.].

§. 202.

Art Gemeinen zu verpflichten.

Eine Gemeine kann durch sich selbst, wenn sie ihren Willen auf die gehörige Art äuſserst, oder durch ihre Vorsteher, wenn

[1.] Haben die Gemeineglieder den Gebrauch einer Sache der Gemeinheit, so nennt man diese res universitatis s. stricto; jede andere patrimonium universitatis. [2.] L. 6. §. 1. de rer. divis. (1. 8.) L. 7. §. 1. quod. cuiusc. univ. nom. (3. 4.) L. 10. §. 4. de in ius vocando (2. 4.). Eine Anwendung dieser Sätze auf mancherley Fälle s. bey Hommel rhapsod. Obs. 187. Hartleben med. ad. P. Sp. 3. m. 2. Müller ad Leyser Obs. 40. Carpzov P. 2. C. 6. Def. 24. I. G. Bauer D. civis novus ad collect. ob debit. civit. antiqu. obligat. §. 10. (in opusc. T. 1. n. 10.). Leyser Sp. 131. m. 5. Mevius P. 8. Dec. 275. Carpzov P. 1. c. 13. Def. 9. Idem Respons. L. 2. n. 65. Gönner jur. Abh. 2. Thl. n. 15. §. 1. [3.] v. Ende jurist. Abh. n. 10. [4.] Abweichende Ideen vertheidigt mit vielen Runde Beytr. zur Erl. rechtl. Gegenst. 1. B. n. 1. [5.] So sind vermöge L. 3. pr. de colleg. et corp. (47. 22.). Leyser Sp. 559. m. 13. und Müller ad Leyser Obs. 888. zu vereinigen.

diese in Gemäſsheit ihres Auftrags handeln, verpflichtet werden, ohne daſs dann der Beweis über die nützliche Verwendung des Empfangenen nöthig wäre; doch haftet der Einzelne nicht, wenn nicht gezeigt werden kann, daſs der Nutzen auf ihn übergegangen sey. Einzelne Glieder verpflichten dagegen die Gemeine nicht durch ihre Verträge, so wenig als Vorsteher, welche dazu nicht beauftragt waren. Diese sind dann vielmehr, wenn nicht der Nutzen der Gemeine befördert ist, selbst zu belangen [1.].

§. 203.

Fähigkeit zu Verbrechen.

Eine Gemeine ist, da sie ihren Willen äuſsern, und insofern arglistig gegen die Gesetze handeln kann, ebenfalls fähig, ein Verbrechen zu begehen; nur muſs man hier den Begriff einer moralischen Person festhalten, und nur die, auf eine solche anwendbaren Strafen gestatten [1.].

§. 204.

3.) Correal-Verhältnisse.

Die Regel (§. 106.) daſs Rechte und Verbindlichkeiten im Zweifel nur theilweise den mehreren Subjecten zustehen und obliegen, leidet in den Fällen eine Ausnahme, wenn von mehreren Berechtigten ein jeder aus demselben Grunde auf gleiche Weise das Recht hat, das Ganze (solidum) zu fordern, und von mehreren Verpflichteten jeder auf das Ganze belangt werden kann. Ist dieſs, so werden jene correi credendi, und, wenn ihr Recht durch Stipulation entstand, correi stipulandi; diese hingegen correi debendi, und, wenn sie durch Stipulation verpflichtet wurden, correi debendi genannt [1.]. Das ganze Rechts-

[1.] L. 27. de R. C. (12. 1.) L. 5. C. de decret. et ord. fac. (50. 9.) G. L. Crell de senator. et quat. ex eor. fact. civitas teneat. (Diss. Fasc. 4. n. 26.). Müller Obs. ad Leyser Obs. 189. 190. 192. 939. Wernher T. 1. P. 5. Obs. 11. A. M. sind zum Theil Leyser Sp. 131. M. 11. Wernher lect. comm. L. 12. T. 1. §. 11.

[1.] G. I. F. Meister princ. iur. crim. §. 45. Grolmann Bibl. d. p. R. W. 2. Thl. 1. St. S. 431. 32. A. M. ist. Malblank observat. quaed. ad delicta universitat. (op. iur. cr. n. 1.).

[1.] Tit. I. de duob. reis stip. (3. 17.). Tit. p. eod. (45. 2.). I. Ronchegallus de duob. reis constituend. Lugd. 1559.

verhältnifs jener und dieser bezeichnet man auch durch die Ausdrücke; obligatio correalis activa und passiva.

§. 205.

Fortsetzung.

Correal-Verhältnisse entstehen aus mancherley Gründen. Mit Uebergehung der in der Folge gelegentlich vorkommenden einzelnen Fälle, sind hier nur folgende Regeln aufzustellen. 1.) Was überhaupt Rechtsverhältnisse begründet, z. B. Verträge und Testamente, kann auch Correal-Rechte und Verbindlichkeiten erzeugen [1.]. 2.) Auch ohne besondere Gründe finden dergleichen Statt, wenn mehrere Berechtigte einen untheilbaren Gegenstand zu fordern haben, oder von mehreren Verpflichteten ein solcher gefordert werden kann [2.]. Insbesondere entspringen 3.) Correal-Verbindlichkeiten aus allen verbotenen Handlungen. Wenn nämlich mehrere vereint ein Verbrechen begangen haben, so kann jeder für alle auf den ganzen Schadensersatz belangt werden [3.]; doch versteht es sich, dafs das, was eigentliche Strafe ist, von jedem Einzelnen nach einander gefordert werden darf [4.].

§. 206.

Fortsetzung.

Was die Wirkungen, und zwar I.) der activen Correal-Obligation betrifft, so kann 1) jeder der Gläubiger den Schuldner auf das Ganze belangen, und wenn dieser das Ganze gezahlt hat, so wird er von den übrigen frey [1.]. 2.) Hat der Gläubiger, welcher das Ganze erhielt, sich den andern Gläubigern nicht verbindlich gemacht, das Empfangene mit ihnen

I. A. Frommann de correali oblig. Tub. 1677. S. F. Willenberg de iure correor. (in Disp. Sab. p. 2. n. 37.). H. Becker de natur. ac. indol. correal. obligat. Rost. 1759. V. Dresky de correal. obligat. Gotting. 1777.

[1.] L. 9. pr. h. t. (45. 2.) L. 8. de legat. I. (30.) L. 25. de legat. III. (32.). [2.] L. 17. de servitut. (8. 1.) L. 23. §. 3. de S. P. R. (8. 3.) L. 2. §. 2. de V. O. (45. 1.) L. 192. pr. de R. I. (50. 17.). [3.] L. 34. §. 1. de O. et A. (44. 7.) L. 9. §. 1. L. 54. §. 3. de furt. (47. 2.) L. 1. C. de cond. furtiv. (4. 8.) L. 14. §. ult. L. 15. quod. met. causs. (4. 2.). [4.] L. 11. §. 2. 4. L. 51. §. 1. 2. ad L. Aquil. (9. 2.). Noodt ad L. Aquil. cap. 10.

[1.] §. 1. I. h. t. (3. 17.) L. 2. L. 3. §. 1. L. 16. eod. (45. 2.)

zu theilen, so ist er befugt, dasselbe für sich allein zu behalten [2.]. 3.) Alles, was juristisch überhaupt der Zahlung gleichgesetzt wird (Acceptilation, Novation, und Eyd), hat auch hier mit derselben gleiche Wirkungen [3.]. Ein bloßer Nachlaßvertrag des einen Gläubigers schadet indeß den übrigen Gläubigern nicht [4.], und es ist wider die Gesetze, wenn viele [5.] annehmen, der Nachlaßvertrag des einen schade den andern insoweit, daß sie das, was sie jenem nach eingehobener Schuld pro rata geben müssen, vom Schuldner nicht einklagen können.

§. 207.

Fortsetzung.

II.) Die Wirkungen der passiven Correal-Obligation sind folgende: 1.) jeder der Schuldner kann auf das Ganze oder auf einen Theil belangt werden; auch ist die Anstellung der Klage jetzo dem Gläubiger in Rücksicht der übrigen Schuldner ohne Nachtheil [1.]. Zahlt indeß der eine das Ganze, so werden die übrigen befreyt [2.]; auch hat, nach der zum Theil durch die Gesetze [3.] unterstützten Praxis [4.] der auf das Ganze belangte Schuldner, wenn seine Verbindlichkeit nicht aus einem Verbrechen entstand, und die übrigen Mitschuldner ohne Mühe ausgeklagt werden können, die Einrede der Theilung (exceptio divisionis), sofern er derselben nicht entsagte. 2.) Hat der eine correus debendi bezahlt, so kann er die andern nach der richtigern Meynung in der Regel nicht auf Entschädigung belangen, wenn diese sich ihm nicht dazu verpflichteten, oder er es versäumete, sich die Klagen des Gläubigers abtreten zu lassen [5.]. Die, welche

L. 57. §. 1. de solut. (46. 3.). [2.] L. 62. ad. L. Falcid. (35. 2.). Voet L. 45. Tit. 2. §. 7. Ohne allen Grund beh. das Gegentheil.. Hellfeld I. F. §. 1906. [3.] L. 2. h. t. (45. 2.) L. 31. §. 1. de novat. (46. 2.) L. 16. de acceplitat. (46. 4.) L. 27. 28. de iureiur. (12. 2.). [4.] L. 27. pr. de pact. (2. 14.) L. 34. de recept. (4. 8.). [5.] Vergl. Glück Comm. §. 339. not. 70.

[1.] L. 5. de his qui effuder. (9. 3.) L. 47. §. 3. de pecul. (15. 1.) L. 51. §. 4. de evict. (21. 2.) vergl. mit L. 28. C. de fideiussor. (8. 41.). [2.] L. 1. §. 43. deposit. (16. 3.). [3.] Nov. 99. [4.] Vergl. Glück a. a. O. not. 86. 87. 88. [5.] L. 39. de fideiussor. (46. 1.) L. 78. de solut. (46. 3.) L. 2. C.

Mitschuldnern die Einrede der Theilung zugestehen, sollten indeſs von jener Regel offenbar die Ausnahme machen, daſs der Regreſs dann Statt finde, wenn der Zahlende in der Lage war, jene Einrede wirksam vorschützen zu können, und es, um dem andern zu nutzen, nicht that. 3.) Durch das, was der Zahlung gleich ist, geschieht ebenfalls eine Befreyung der übrigen Schuldner [6.], nicht aber durch einen bloſsen Nachlaſsvertrag des einen; doch werden sie dadurch in so weit gegen den Gläubiger gedeckt, als sie von dem Mitschuldner, welcher den Vertrag schloſs, wegen geleisteter Zahlung Entschädigung fordern können [7.].

§. 208.

IV. Verschiedenheiten der Personen.

Die Subjecte des Rechts sind nach ihren natürlichen Eigenschaften sehr verschieden. Nicht alle Eigenschaften der Menschen können aber den Juristen interessiren, sondern nur die, welche rechtliche Folgen nach sich zu ziehen, und zwar entweder die Rechtsfähigkeit eines Subjects begründen, oder auf die Verschiedenheit der Rechte Einfluſs haben (status naturalis). Von den ersten ist schon oben (§. 100 — 103.) gehandelt; es werden hier also nur noch die letzten zu erörtern seyn [1.].

§. 209.

A.) in Betreff des Geschlechts.

In Rücksicht des Geschlechts sind die Menschen entweder Männer, oder Weiber, oder beydes zugleich. Im letzten Fall heiſsen sie Zwitter (hermaphroditi) [1.]. Bey einem solchen können, wenn man bloſs bey dem Denkbaren stehen

h. t. (8. 40.). Faber coniect. L. 11. c. 6. Vinnii quaest. sel. L. 1. c. 6. [6.] L. 3. §. 3. de liberat. legat. (34. 3.). [7.] L. 21. §. ult. L. 23. in fin. L. 25. de pact. (2. 14.) L. 62. ad leg. Falc. (35. 2.) Vinnius a. a. O.

[1.] Die Lehre von den rechtlichen Zuständen, welche wieder andere Rechte erzeugen (statu civili) gehört in den besondern Theil.

[1.] C. Bauchinus de hermaphrod. monstrosorumque part. natura. Oppenh. 1614. I. H. Felz. de iure androgynorum. Arg. 1717. Haller gerichtl. Arzw. 1. Thl. 14 Cap. P. F.

bleibt, entweder die Geschlechtstheile völlig gleich seyn (vollkommener Zwitter), oder die Theile des einen Geschlechts die des andern überwiegen (Mannszwitter, Weibszwitter). Die Gesetze halten nur das letzte für möglich, und geben dem Zwitter die Rechte des Geschlechts, zu welchem sich sein Körper vorzüglich hinneigt [2.]. Sollten neuere Erfahrungen die Möglichkeit des ersten bestätigen, so würde juristisch die gemeine Behauptung [3.], daſs ein solcher Zwitter sich für Ein Geschlecht entscheiden müsse, noch immer sehr problematisch seyn, so wie die zweyte: ob man dem Zwitter nicht wenigstens eine Aenderung der Wahl gestatten dürfe? [4.].

§. 210.

Fortsetzung. Im Zweifel sind die Rechte beyder Geschlechter gleich [1.]. Die Ausnahmen hievon [2.] sind in der Folge einzeln anzuführen. Nur das ist hier noch zu bemerken, daſs wenn die Gesetze, wie man es nennt, im masculino sprechen, das femininum in der Regel mit darunter begriffen ist [3.], nicht aber umgekehrt [4.].

§. 211.

2.) des Alters. Die Verschiedenheit des Alters erzeugt gleichfalls mancherley rechtliche Folgen [1.]. In dieser Rücksicht sind die Menschen entweder Volljährig (maiores), oder Minderjährig (minores), je nachdem sie nämlich das 25ste Lebensjahr vollendet haben, oder nicht [2.]. Die Minderjährigkeit hat meh-

Monet de iure circa hermaphrod. Arg. 1788. [2.] L. 10. de stat. hom. (1. 5.). [3.] Stryk de iure sens. D. 1. c. 1. §. 62. [4.] Vergl. z. B. Cocceii I. C. L. 1. T. 5. qu. 5.

[1.] L. 9. de stat. hom. (1. 5.) [2.] Vergl. B. Carpzov de iurib. feminar. singular. I. V. Bechmann de privileg. mulier. Ien. 1720. T. G. G. Emminghaus de praecip. feminar. in german. iurib. Ien. 1751. Quistorp kl. Schrift. n. 3. E. L. E. Röslin v. d. besondern weibl. Rechten 2. B. 4. Mannh. 1775. 1779. [3.] L. 1. 84. 116. 122. 163. §. 1. 172. 195. pr. 201. de V. S. (50. 16.). [4.] L. 45. de leg. II. (31.) L. 62. L. 81. pr. de leg. III. (32.). Hartleben med. Sp. 17. M. 3.

[1.] G. L. Crell D. ius aetatis (Diss. T. 1. n. 4.). [2.] L. 2.

rere Stufen. So lange nämlich Knaben das 14te und Mädchen das 12te Jahr noch nicht vollendet haben, heissen sie unmündig (impuberes) [3.], und der Zeitraum der Unmündigkeit wird prima, oder pupillaris aetas genannt [4.]; nach Vollendung jener Zeit nennt man sie mündig (puberes) [5.]. Bis zur Vollendung des 7ten Jahres heifsen Unmündige Kinder (infantes), nachher infantia maiores [6.]. Die letzten werden in den Gesetzen in infantiae und pubertati proximos eingetheilt. Der Sinn dieser Eintheilung ist aber nicht der, dafs man die Jahre zwischen Kindheit und Mündigkeit in zwey gleiche Hälften theilen müsse, sondern er ist blofs in der, nach den Subjecten sehr verschiedenen moralischen Fähigkeit, ein Verbrechen zu begehen, zu suchen [7.]. Ausnahmsweise verstehen die Gesetze in einigen Fällen unter dem Ausdruck pubertas beym männlichen Geschlecht die Vollendung des 18ten, beym weiblichen die Vollendung des 14ten Jahres [8.]. Diefs nennt man denn die volle Mündigkeit (pubertas plena), und im Gegensatz davon die eigentliche Mündigkeit die unvollkommene (pubertas minus plena).

§. 212.

5.) der Gesundheit. In Rücksicht der Vollkommenheit der natürlichen Anlagen sind die Menschen entweder vollkommen, oder unvollkommen. Ist die Unvollkommenheit unheilbar, so heifst sie ein Fehler (vitium); ist die Heilbarkeit nach allgemeinen Gesetzen möglich, eine Krankheit (morbus), und zwar im letzten Fall, wenn sie die Vollführung eines Geschäfts unmöglich

C. Theodos. de donat. (8. 12.). [3.] L. ult. C. quando tutor. vel curat. esse desin. (5. 60.) pr. I. quib. mod. tutel. finit. (1. 22.). [4.] L. 3. C. de praescr. 30. ann. (7. 30.) L. 8. §. 3. C. de bon. quae lib. (6. 61.). Manche, wie z. B. Voet L. 2. T. 15. §. 4. verstehen den Ausdruck prima aetas von der Minderjährigkeit; allein s. L. 30. C. de episcop. audient. (1. 7.) L. 10. C. de impub. et alior. substit. (6. 26.) Hombergk D. de bonis adventit. §. 11—13. [5.] pr. I. quib. mod. tut. finit. (1. 22.). [6.] L. 18. pr. §. 4. C. de iure delib. (6. 30.). [7.] L. 14. ad SCt. Silan. (29. 5.) L. 13. §. 1. de dolo mal. (4. 3.) L. 111. de R. I. (50. 17.) §. 10. I. de inutil. stipulat. (3. 20.). Kleinschrodt Grundw. des peinl. R. 1. Thl. §. 85. [8.] §. 4. I. de adopt. (1. 11.) L. 40. §. 1. eod. (1. 7.) L. 14. §. 1. de aliment. legat. (34. 1.).

macht, morbus sonticus [1.]. In beyden Fällen kann die Unvollkommenheit in den geistigen, oder körperlichen Anlagen liegen. Ueber jene ist schon oben (§. 103.) das nöthige erinnert. Was die letzte betrifft, so kommt hier besonders nur die Unfähigkeit sich fortzupflanzen in Betracht. Diese kann nicht bloſs bey dem männlichen Geschlecht Statt finden, sondern auch bey dem weiblichen (z. B. arctitudo absoluta). Ist ein Mann Zeugungsunfähig, so heiſst er im Allgemeinen Spado. Im engeren Verstande unterscheidet man aber von Spadonen die Castraten, d. h. die, denen durch Ausſchneiden die Zeugungstheile genommen sind, und dann begreift der Ausdruck spado alle andern Unvermögenden, sie mögen es auf immer seyn, oder nicht, und im ersten Fall durch äuſsere Zufälle und Verletzungen die Zeugungsfähigkeit verloren haben (thlibiae, thlasiae), oder unvermögend gebohren, oder durch Krankheit geworden seyn [2.].

§. 213.

4.) der Verwandschaft. Besonders wichtig sind die verwandschaftlichen Verhältnisse [1.]. Im Allgemeinen heiſst Verwandter oder Blutsfreund (cognatus) ein jeder, welcher mit einem andern durch Einheit des Bluts verbunden ist. Diese Einheit des Bluts kann beruhen auf Zeugung, oder Gebähren, oder beyden zugleich. Im ersten Fall heiſst ein solcher Agnat im Allgemeinen, im zweyten Cognat, im dritten Agnat und Cognat zugleich, und zwar wird in den ersten beyden Fällen, wenn von Seitenverwandten die Rede ist, die Verwandschaft eine halbe (unilateralis), im letzten eine volle (bilateralis) genannt, so wie Halbgeschwister, wenn sie durch Geburt verwandt sind uterini, durch Zeugung hingegen, consanguinei heiſsen. Germani dagegen sind volle Geschwister. Beruhet die Verwandschaft auf Abstammung von einander verwandten Personen, so heiſst sie eine mehrfache (multiplex, cognati duplices, triplices u. s. w. [2.].

[1.] L. 101. §. 2. L. 113. de V. S. (50. 16.). [2.] L. 128. de V. S. (50. 16.) L. 6. §. ult. L. 7. de aedil. edict. (21. 1.) L. 39. §. ult. de iure dot. (23. 3.). Merill Obs. L. 1. c. 25. Kirchmaier op. de latinitat. vet. ICtor. Ed. Madihn p. 242 – 44.

[1.] S. Tit. P. de grad. et affin. (38. 10.). [2.] Koch success. ab intest. Auctuar. III.

§. 214.

Fortsetzung.

Wahre Verwandschaft erfordert Einheit des Bluts. Es gibt jedoch Fälle, da die bürgerlichen Gesetze gewisse Personen, welche keine wahre Verwandte sind, eben so behandeln, als ob sie es wären. Wenn nämlich ein Mann Jemand vollkommen an Kindes Statt annimmt, so wird dieser, solange diefs Verhältnifs dauert, als Agnat (im gleich folgenden Sinn der Römer) der Agnaten seines Adoptiv-Vaters angesehen [1.], und eben so bewirken die Taufe und Firmelung bey den Katholiken, nicht aber bey den Protestanten [2.] eine sogenannte geistliche Verwandschaft (cognatio spiritualis [3.]. Die Verwandten sind hienach theils bürgerliche, theils natürliche. Ist die Verwandschaft der letzten aus keiner nach den Gesetzen rechtsbeständigen Ehe entstanden, so heifsen sie natürliche Verwandte im engeren Sinn; im entgegengesetzten Fall natürliche und bürgerliche zugleich. In beyden Fällen können die Verwandten Agnaten, oder Cognaten, oder beydes zugleich seyn. Der Römer bezieht jedoch die Ausdrücke agnatio und cognatio naturalis et civilis nur auf die verwandschaftlichen Verhältnisse, welche bürgerliche Privilegien zur Folge haben. In diesem Sinn sind denn weder eheliche Cognaten, noch uneheliche Agnaten nach der Terminologie der Römer agnati oder cognati civiles, vielmehr blofs eheliche Agnaten, welche dann agnati et cognati simul genannt werden [4.].

§. 215.

Fortsetzung.

Eine Mehrheit durch ein gemeinschaftliches Haupt vereinigter Verwandten wird ein Stamm genannt, und das aus der Mehrheit der Zeugungen oder Geburten unter ihnen entstandene Verhältnifs Grad der Verwandschaft. Eine ununterbrochen auf einander folgende Reihe von Verwandten heifst eine Linie, und diese ist denn, je nachdem von den jünge-

[1.] L. 4. §. 2. l. c. L. 23. de adopt. (1. 7.) L. 2. §. 3. de suis et legit. (38. 17.). [2.] Brouwer de iure connub. L. 2. c. 8. [3.] C. 1. c. 30. qu. 3. 4. cap. 1. 6. 7. X. de cognat. spirit. (4. 11.) cap. 1. 2. 3. eod. in 6. (4. 3.). [4.] L. 4. §. 2. L. 10. §. 4. de grad. et affin. (38. 10.) §. 3. I. de legit. agnat. tutel. (1. 15.). Collat. Leg. Rom. et Mosaicar. Tit. 16. §. 3. Pittmann interp. et observat. cap. 10.

ren zu den älteren hinauf, oder von diesen zu jenen herunter gezählt wird, die aufsteigende (ascendens) und herabsteigende (descendens), so wie die Verwandten nach diesen Rücksichten Ascendenten, oder Descendenten sind. Vereinigen sich mehrere Linien in Einer Person, so nennt man die eine im Verhältnifs zur andern eine Seitenlinie (linea obliqua), und die Verwandten Seitenverwandten (collaterales). Eine Linie an sich betrachtet wird dann im Gegensatz davon durch den Ausdruck grade Linie (l. recta) bezeichnet. Ist in Seitenlinien die Zahl der Personen dieselbe, so werden sie gleiche (aequales), sonst ungleiche (inaequales) genannt. Insbesondere bezeichnet man noch bey Seitenlinien das Verhältnifs, wenn die Person der einen Linie unmittelbar unter dem gemeinschaftlichen Stammvater steht, eine Person der andern Linie aber entfernter von demselben, durch den Ausdruck: respectus parentelae [1.].

§. 216.

Fortsetzung.

Die Berechnung der Grade [1.] ist nach Römischem und Kanonischem Recht, wenn von De- und Ascendenten die Rede ist, vollkommen gleich, nämlich: so viel Zeugungen, so viel Grade. In der Seitenlinie behält das Römische Recht dieselbe Regel bey [2.]. Das Kanonische dagegen, welches mehrere von Einer Person gezeugte oder gebohrne Personen insofern für Ein Blut hält, stellt die Regel auf: in eben dem Grade, in welchem die Person der einen Linie, und zwar bey ungleichen Linien die entferntere Person dem gemeinschaftlichen Stammvater verwandt ist, in eben dem Grade ist sie der Person der andern Linie ver-

[1.] §. 3. I. de grad. cognator. (3. 6.) Nov. 118. c. 3. F. Schnaderbach de respectu parentelae. Hal. 1723.

[1.] Ueber die Computation der Grade vergl. H. de Cocceii de computat. grad. cognationis. Heidelb. 1672. Frkf. 1712. Hannesen lucrub. sel. circa doctrin. de computat. grad. Goett. 1736. I. F. E. Weisser Anleit. zur Berechn. d. Verwandschaftsgrade Stuttg. 1781. Nettelbladt syst. doctrin. propaedeut. §. 322 — 346. Ueber die Geschichte der kanonischen Computation: I. H. Boehmer I. E. P. L. 4. T. 14. und über die verschiedenen Arten, ein Schema zu entwerfen: Gothofredi corp. grammatticor. p. 1858. fgg. Hommel oblectam. iur. feud. Obs. 15. §. 2. [2.] §. 7.

wandt [3.]. Die Agnaten im Sinn der Römer, welche den Grad ihrer Verwandschaft nicht weiter anzugeben wufsten, hiefsen gentiles [4.].

§. 217.

Fortsetzung. Eine Art der Verwandschaft, wenigstens nach Begriffen des Kanonischen Rechts, ist die Schwägerschaft (affinitas) [1.]. Der Römer versteht darunter das Verhältnifs eines rechtmäfsigen Ehegatten zu den Verwandten des andern während stehender Ehe [2.]. Das Kanonische Recht hingegen, welches bey wörtlicher Auslegung der Bibel [3.] von dem Princip ausgeht, dafs unter Concumbenten eine Einheit des Fleisches Statt finde [4.], erklärt jeden Beyschlaf für Grund der Affinität, welche dann eben deswegen weder zu ihrer Existenz noch zu ihrer Dauer eine gültige Ehe voraussetzt [5.]. Es sind aber weder die Ehegatten, noch deren Verwandten unter einander als Schwäger zu betrachten [6.].

§. 218.

Fortsetzung. Das Kanonische Recht nimmt aufserdem noch drey Gattungen der Affinität an. Die erste ist die bisher beschriebene; die zweyte, das Verhältnifs eines Concumbenten zu den Schwägern der ersten Gattung des andern Concumbenten; die dritte, das Verhältnifs eines Concumbenten zu den Schwägern der zweyten Gattung des andern [1.]. Uebrigens berechnet man

I. de grad. cognat. (3. 6.) L. 10. §. 9. eod. (38. 10.). [3.] c. 2. C. 35. q. 5. cap. ult. X. de consanguin. et affin. (4. 14.). Vergl. mit I. C. Koch de nova in comput. grad. canonica inventa regula. Giess. 1765. (op. iur. canon. n. 4.). [4.] E. M. Chladenius de gentilitat. vet. Romanor. Lips. 1742. 4. cap. 1. §. 3. 7. cap. 6. §. 3.

[1.] Lauterbach D. de singulari affin. iure. Otto de vetit. affin. nupt. (in Oelrichs Thes. nov. V. 3. P. 2.). C. H. Gmelin de vero concept. affinitat. eiusque grad. et gener. Tubing. 1801. [2.] §. 6. 7. 9. I. de nupt. (1. 10.) L. 4. §. 3. 8. 10. de grad. et affin. (38. 10.). [3.] 1. Cor. 6. C. [4.] cap. 5. X. de bigam. non ord. (1. 21.). [5.] c. 7. 14. 15. 21. C. 35. q. 2. cap. 10. X. de eo qui cogn. cons. uxor. (4. 13.). [6.] L. 4. §. 3. de grad. et affin. (38. 10.) cap. 5. X. de consanguin. (4. 14.).

[1.] c. ult. C. 35. q. 2. 3. cap. 8. X. de consangu. (4. 14.). I. H.

uneigentlich das Verhältniſs zwischen Schwägern auch nach Graden, und zwar nach der Regel: in eben dem Grade (nach römischer, oder kanonischer Computation), in welchem ein Blutsfreund dem andern verwandt ist, in eben dem Grade ist der Concumbent jenes eines Schwager dieses [2.].

§. 219.

5.) des moralischen Characters. Infamie.

Auch der moralische Character eines Menschen, ist, wiewohl nicht überhaupt, doch in gewissen Rücksichten mit bedeutenden rechtlichen Folgen verknüpft, sofern nämlich Jemand überhaupt eine Verdorbenheit des moralischen Characters zur Last gelegt werden kann. Die aus dieser moralischen Verdorbenheit einer Person entspringende verächtliche Meynung andrer heiſst eigentlich Infamie [1.], wiewohl man jetzt durch diesen Ausdruck gewöhnlicher die, die Infamie veranlassende Qualität des Subjects zu bezeichnen pflegt [2.].

§. 220.

Infamia iuris und facti.

Das Urtheil über die Existenz einer wirklichen Infamie im subjectiven Sinn hängt von dem vernünftigen Ermessen des Richters ab. Es gibt jedoch manche Fälle, in denen das Gesetz den Urheber einer (an sich schändlichen, oder nicht schändlichen) Handlung bloſs als solchen für einen Niederträchtigen erklärt. Geschieht dieſs, so nennt man die Infamie eine infamia iuris; die hingegen, welche in einer wirklich erwiesenen und bloſs darum als wirklich

Boehmer l. c. §. 53. [2.] L. 4. §. 5. h. t. (38. 10.) c. 12. C. 35. q. 2. 3.

[1.] L. 2. de obsequ. parent. et patron. praestand. (37. 15.) L. 2. C. de dignitat. (12. 1.). [2.] Vergl. überh. C. Thomasii D. de existimat. fama et infam. extra rempubl. Hal. 1734. H. Bodini D. de iure circa infam. Hal. 1710. I. H. C. de Selchow select. capit. doctr. de infam. Goett. 1770. H. V. Becker de dignitat. honor. existimat. Rost. 1739. H. W. v. Günderrode über die bürgerl. Ehre bey den Teutschen (in dess. W. 2. B. S. 187. fgg.). C. G. Hübner über Ehre und Ehrlosigkeit. Leipz. 1800. Vergl. mit d. Allg. Litt. Z. 1801. n. 98.

angenommenen Niederträchtigkeit besteht, infamia facti [1.].

§. 221.

Mittelbare, unmittelbare.

Ist eine nach gesetzlicher Vorschrift infamirende Handlung von der Art, daſs ihre Existenz und Beschaffenheit offenkundig einem jeden vor Augen liegt, so tritt die Infamie ein, sobald die That begangen ist; in andern Fällen hingegen verlangt das Römische Recht, daſs der Thäter der Handlung, welche die Ehrlosigkeit zur Folge hat, durch ein richterliches Urtheil förmlich überführt sey [1.]. In jenem Fall nennt man die Infamia iuris inmediata, in diesem mediata [2.].

§. 222.

Fortsetzung.

Die einzelnen Fälle einer mittelbaren oder unmittelbaren Infamie müssen in der Folge gelegentlich angeführt, zum Theil auch in das peinliche Recht verwiesen werden [1.]. Hier ist nur die allgemeine Bemerkung wichtig, daſs nach der deutschen Praxis ohne richterliches Urtheil keine Infamie mehr angenommen wird [2.], und daſs man selbst die mittelbare Infamie nur dann eintreten läſst, wenn entweder ausdrücklich darauf erkannt, oder die zugefügte Strafe nach deutschen Begriffen infamirend ist [3.]. Welche Strafen diese Eigenschaft haben, ist unter den Criminalisten streitig [4.], und muſs es bleiben, so lange sie nicht diese widerrechtliche [5.] und offenbar absurde Idee durchaus verwerfen [6.].

[1.] Es gibt freylich viele, welche die Existenz einer infamia facti leugnen; allein s. L. 42. de V. S. (50. 16.) L. 20. de his qui not. infam. (3. 2.) L. 3. pr. de testib. (22. 5.) L. 25. C. ad L. Jul. de adult. (9. 9.) L. 13. C. ex quib. causs. infam. irrog. (2. 12.) L. 27. C. de inoff. test. (3. 28.) L. 2. C. de dignitat. (12. 1.). Emminghaus ad Cocceii L. 3. T. 2. qu. 9.

[1.] L. 1. L. 4. §. 4. h. t. (3. 2.). [2.] G. L. Boehmer de querel. inoff. donat. fratr. §. 6. (in elect. T. 1.).

[1.] Vergl. überh. Glücks Comment. §. 378—80. [2.] Danz Handb. d. D. Priv. R. §. 301. Hübner S. 95. [3.] G. L. Boehmer l. c. §. 7. [4.] Quistorp Grunds. d. peinl. R. 1. Thl. §. 77. not. 1. Müller ad Leyser Obs. 172. [5.] L. 22. h. t. (3. 2.). Kleinschrodt Grundw. d. p. R. 3. Thl. §. 83. [6.] Hübner S. 113. 137.

§. 223.

Aufhören und Wirkungen derselben.

Die privatrechtlichen Wirkungen der Infamie, welche im speciellen Theil an den gehörigen Orten einzeln anzuführen sind [1.], fallen weg, sobald die Infamie erlischt. Bey der infamia facti geschieht diefs durch erweisliche Aenderung der moralischen Denkart; bey der infamia iuris durch Ablauf der, für sie im Urtheil bestimmten Zeit, oder durch Wiederherstellung in den Stand eines unbescholtenen Bürgers (restitutio famae) Kraft landesherrlicher Gnade [2.]. In Rücksicht des öffentlichen Rechts besteht die Wirkung der infamia juris und facti darin, dafs sowohl diese als jene (wenn alles ginge, wie es sollte) den Infamirten der Erlangung und Beybehaltung eines Staatsamts unfähig macht [3.].

§. 224.

Levis notae macula.

Unter dem Namen der levis notae macula kommt etwas der Infamie, aber freylich nur sehr entfernt ähnliches im Römischen Recht vor [1.]. Es gab nämlich gewisse Personen, z. B. Schauspielerkinder und Freygelassene, welche mit Uebergehung der Geschwister in einem Testament nicht eingesetzt werden durften, und von Ehen mit Senatoren ausgeschlossen waren. Diesen wurde denn insofern eine levis notae macula zugeschrieben [2.]. Es gehörten aber dahin weder uneheliche Kinder, denen, als solchen, keine Makel anklebte [3.], noch auch Personen, welche ein schmutziges Gewerbe trieben [4.], wiewohl das letzte doch in einigem Betracht berücksichtigt ward [5.].

[1.] S. unten die Lehren von Zeugen, Advocaten, der actio de dolo, der querela inofficiosi testamenti, das Kanonische Recht über ehrliche Begräbnisse, und das Deutsche Recht über Gildenfähigkeit. [2.] Hofacker princ. iur. R. G. T. 1. §. 326. 329. [3.] L. 2. 12. C. de dignit. (12. 1.) L. 8. C. de Decurion. (10. 31.).

[1.] I. A. Frommann de lev. not. mac. Tub. 1672. Heineccius de eod. arg. (in syllog. opusc. n. 7.). [2.] L. 44. pr. de rit. nupt. (23. 2.) L. 27. C. de inoff. test. (3. 28.) Heineccius praefat. ad opusc. var. syllog. G. L. Boehmer l. c. §. 13. [3.] Püttmann de querel. inoff. test. fratr. atque soror. contra spurios haud competent. Lips. 1772. [4.] Heineccius Diss. cit. §. 32. [5.] L. 6. C. de dignit. (12. 1.).

§. 225.

Fortsetzung. Deutsche Vorurtheile haben in den älteren Zeiten eine Menge von Personen als mit einem Schandfleck behaftet angesehen, und denselben deswegen den Eintritt in Gilden und Zünfte versagt. Jetzt gehören nur noch der Abdecker und uneheliche Kinder dahin [1.]. Man nennt diefs die Deutsche levis notae macula, sollte aber, um die gewöhnliche Verwirrung zu vermeiden, weder diesen Namen, noch den Namen infamia gebrauchen. Denn weder die Wirkungen der Römischen levis notae macula, noch der infamia iuris oder facti treffen den, welcher in jenem Sinn anrüchtig ist [2.]. Uebrigens kann der Regent auch diese Deutsche Anrüchtigkeit aufheben. Geschieht diefs in Rücksicht unehelicher Kinder, so nennt man es legitimatio minus plena.

Vierter Abschnitt.

Ueber das Object der Rechte und Verbindlichkeiten.

Erste Abtheilung.

Wichtigste Arten der Handlungen.

§. 226.

Handlung Object der Rechte. Das vierte was bey Rechten und Verbindlichkeiten in Betracht kommt, ist das Object derselben. Dieses ist weder eine Person, noch eine Sache, sondern kann blofs eine Handlung seyn. Nur als Object der Handlungen lassen sich die Sachen denken.

[1.] Danz a. a. O. §. 310. [2.] Plitt D. de levis notae macula sec. ius. germ. Marb. 1784. §. 29. Stein v. pflichtw. Testam. §. 26. a. E.

§. 227.

Eintheilung: I.) mögliche, unmögliche.

Nicht unmögliche, sondern allein mögliche Handlungen können der Gegenstand eines Rechts und einer Verbindlichkeit seyn [1.], so wie in der Regel nur äufsere, nicht innere von den Gesetzen zum Gegenstande derselben gemacht werden. Es gibt jedoch manche Fälle, da neben dem Aeufsern auch auf das Innere Rücksicht genommen wird. Nur das läfst sich unbedingt sagen, dafs eine blofs innere Handlung juristisch als nicht vorhanden anzusehen ist [2.].

§. 228.

II.) Erlaubte, unerlaubte.

Im Verhältnifs zu dem Gesetz betrachtet sind die Handlungen entweder erlaubte, oder unerlaubte. Die ersten bedürfen keiner weiteren Erörterung; desto wichtiger ist aber die Eintheilung der letzten in zufällige, freye nicht imputable, nachlässige, und arglistige Handlungen.

§. 229.

Eintheilung der letzten in zufällige, arglistige, nachlässige.

Zufällig (casualis) ist eine Handlung, wenn der Natur-Instinkt sie bewirkt, und der Wille sie auf keine Weise abwenden kann. Eine solche Handlung wird nicht als Handlung der Person angesehen [1.]. Frey, aber nicht imputabel ist sie, wenn der Person die Unterlassung derselben möglich, aber die Erlangung der Ueberzeugung von der Unrechtmäfsigkeit derselben unmöglich war [2.]. Handelte eine Person wider das Gesetz, zwar nicht absichtlich um diese That als eine widerrechtliche zu begehen, aber doch so, dafs sie die Widerrechtlichkeit derselben hätte erkennen können: so wird diefs Nachläfsigkeit (culpa, signities) genannt [3.]. Die freye Uebertretung

[1.] L. 185. de R. I. (50. 17.). [2.] §. 8. I. de obl. quae ex delict. (4. 1.) vergl. mit L. 3. §. 3. ad SCt. Maced. (14. 6.).

[1.] L. ult. in fin. de administr. tutor. (26. 7.). Meine Vers. 2. B. S. 209—214. [2.] Z. B. L. 25. §. 2. ad SCt. Trebell (36. 1.). [3.] Wegen des neueren Streits über dolus und culpa vergl. Grolmann Bib. für peinl. R. 1. Th. 1. St. n. 1. 3. St. n. 3. 2. B. 1. St. n. 5. Klein Archiv 1. B. 2. St. n. 10. 2. B. 2. St. S. 216. fgg. Feuerbach Revision 1. Th. 6. Cap.

eines Gesetzes, begleitet mit dem Bewufstseyn des Verbots, heifst Arglist (dolus).

§. 230.

Arten der Culpa.

Die Nachlässigkeit kann sich auf mehrfache Art äufsern. Entweder begeht Jemand eine positive schädliche Handlung, welche er hätte unterlassen sollen (culpa); oder er unterläfst eine Handlung (überhaupt oder in Modificationen), welche ihm oblag (omissio diligentiae). Besteht im letzten Fall das Unterlassen darin, dafs Jemand die schädlichen Handlungen andrer nicht abwendet, so kann man diefs omissio custodiae nennen [1.]. Die Römer unterschieden wirklich die custodia in diesem Sinn [2.]; auch scheint ihnen die obige Unterscheidung zwischen culpa und diligentia nicht ganz fremd gewesen zu seyn [3.]; gewöhnlich aber wird durch culpa nur das Entgegengesetzte der diligentia angedeutet, und diese befafst alle pflichtmäfsigen positiven und negativen Handlungen [4].

§. 231.

Fortsetzung.

Wird von Jemand der Fleifs gefordert, welcher überhaupt menschlichen Kräften möglich ist, so nennt man diefs jetzt diligentia in abstracto; fordert man hingegen, wie zuweilen geschieht [1.], blofs den Fleifs von ihm, welchen er in seinen eignen Geschäften anzuwenden pflegt, so heifst diefs diligentia in concreto [2.]. Die Gegensätze davon sind dann die

[1.] Ueber d. Lehre v. d. culpa s. bes. E. F. Pufendorf de culpa. Lemg. 1748. 8. C. G. Wehrn doctr. iur. explicatr. princip. et caussar. damni Lips. 1795. 8. cap. 3. 4. [2.] L. 13. §. ult. de pign. act. (13. 7.) L. 41. locat. (19. 2.) L. 31. pr. de act. emt. vend. (19. 1.) Waechtler opusc. p. 201 – 203. [3.] Vergl. z. B. den Titel: ad L. Aquil. (9. 2.) wo nur negative Handlungen verlangt werden, und wo nur der culpa erwähnt wird, mit allen Gesetzen über die Geschäfte, wo wirklich positiver Fleifs gefordert wird, z. B. L. 24. C. de usur. (4. 32.) L. 25. §. 16. famil. hercisc. (10. 2.). L. 17. pr. de iure dot. (23. 3.) L. 1. pr. de tutel. et rat. distr. (27. 3.). [4.] L. 68. pr. de contr. emt. (18. 1.) L. 6. de administr. rer. civ. (50. 8.).

[1.] 3. B. §. ult. I. de societat. (3. 26.) L. 72. pro soc. (17. 2.). [2.] W. H. Brückner de culpa quae concretive talis dicitur. Ien. 1693. D. Runge legale fundament. culpae in abstr.

culpa in abstracto und in concreto. Im Zweifel ist unter dem Ausdruck: culpa und diligentia schlechthin, die erste zu verstehen [3.].

§. 232.

Grade. Betrachtet man die Nachlässigkeit mit Rücksicht auf die, zur Vermeidung derselben in Thätigkeit zu setzenden Kräfte: so lassen sich nach der Natur der Sache unendlich viele Modificationen denken. Das Römische Recht theilt aber nur die culpa in abstracto nach Graden ein, und nimmt nur zwey Grade derselben an, nämlich culpa lata, oder Vernachläſsigung des Fleiſses minder vorsichtiger, sorgfältiger Menschen, und culpa levis, oder Vernachlässigung des Fleiſses eines durchaus ordentlichen und vorsichtigen Mannes. Der Ausdruck culpa schlechthin bezeichnet alles, und es gibt keine, von der culpa levis verschiedene culpa levissima, vielmehr ist das, was viele unter dieser verstehen, mit unter der culpa levis der Römer begriffen [1.].

§. 233.

Folgen. Die Lehre von den rechtlichen Folgen der Arglist und Nachlässigkeit beruhet auf folgen-

et concret. Goetting. 1751. [3.] L. 18. pr. commod. (13. 6.) L. 13. §. 1. L. 14. de pign. act. (13. 7.) L. 31. §. 4. de contr. emt. (18. 1.).

[1.] Den Beweis dieser besonders von Donellus comm. L. 16. c. 7. vertheidigten Theorie enthalten a.) L. 36. de act. e. v. (19. 1.) §. penult. I. de locat. cond. (3. 25.) L. 5. §. 5. commod. (13. 6.) L. 25. §. 7. locat. (19. 2.) vergl. mit L. 23. de R. I. (50. 17.) L. 1. §. 35. deposit. (16. 5.) L. 5. §. ult. L 18. pr. commododat. (13. 6.); ferner b.) §. 2. §. ult. I. quib. mod. re contr. obl. (3. 15.) L. 2. §. 1. de peric. et comm. r. v. (18. 6.) L. 28. C. locat. (4. 55.) L. 13. §. 1. de pignor. act. (13. 7.) L. 19. C. de pignor. (8. 14.); weiter c.) L. 7. C. arbitr. tutel (5. 51.) L. 22. §. 3. ad SCt. Trebell. (36. 1.) L. 20. C. de negot. gest. (2. 19.); und endlich d.) L. 23. de R. I. (50. 17.) L. 115. §. 12. de legat. I. (30.) L. 17. §. 2. de praescr. verb. (19. 5.) L. 10. §. 1. commod. (13. 6.). Es steht auch dem nicht entgegen L. 5. §. 2. commod. (13. 6.) und L. 47. §. 5. de legat. I. (30.) wenn man mit jener Stelle L. 68. pr. de contr. emt. (18. 1.) L. 6. de administr. rer. ad civ. (50. 8.), und mit dieser L. 22. §. 3. ad SCt. Trebell. (36. 1.) vergleicht.

den Hauptsätzen [1.], welche jedoch die, in der Folge gelegentlich zu bemerkenden singulairen Vorschriften nicht enthalten. I.) Aufser dem Contract mufs jeder den höchsten Fleifs anwenden, doch ist er nur in dem oben bestimmten, schärferen Sinn wegen seiner culpa verantwortlich, nicht aber zur diligentia oder custodia verpflichtet, wenn nicht aus seinem vorhergehenden positiven Facto die Verbindlichkeit entsprang, die nachtheiligen Folgen desselben abzuwenden [2.]. II.) Steht Jemand mit einem andern in vertragsmäfsigen Verhältnissen, so ist entweder 1.) etwas über den Fleifs bestimmt: dann bleibt es dabey [3.], doch ist ein auf die Zukunft bezogener Vertrag, welcher zu Arglist und grober Nachlässigkeit berechtigt, ungültig [4.]; ist aber 2.) nichts ausgemacht: so gilt die Regel: der Contrahent mufs dolus, culpa, diligentia und custodia prästiren, jedoch der, welcher keinen Vortheil hat, nur dolus und culpa lata; der hingegen welcher allen, oder mit dem andern gemeinschaftlichen Vortheil hat, culpa levis im Sinn der Römer, und den höchsten Fleifs [5.]. Ausnahmen sind a.) dafs der, dem eine obligatio faciendi obliegt, eben so unbedingt den höchsten Fleifs anwenden mufs [6.], als b.) derjenige, welcher sich zu einem Geschäft aufdrang, er mochte nun einen Besseren verdrängen, oder nicht [7.]; dagegen ist man c.) in stricti iuris negotiis nur für das, denselben direct widerstreitende, und wenn man sich zur Ausübung einer ars liberalis verpflichtete, nur wegen grober Versehen verantwortlich [8.]. III.) Die culpa in

[1.] Es lassen sich hier die Dissentientes nicht namhaft machen. Jeder hat seine eigne Theorie. [2.] L. 13. §. 2. de usufr. (7. 1.) L. 57. locat. (19. 2.) L. 8. pr. L. 27. §. 9. L. 28. §. 1. ad L. Aquil. (9. 2.). Vinnii quaest. sel. L. 1. c. 3. Voet L. 9. T. 2. §. 3. So sind Cocceii eod. qu. 5. und Wernher lect. c. ib. §. 5. zu berichtigen. [3.] L. 11. §. 1. de act. e. v. (19. 1.) L. 1. §. 10. deposit. (16. 3.). [4.] L. 27. §. 3. 4. de pact. (2. 14.) L. 6. §. ult. de act. e. v. (19. 1.) L. 17. pr. commod. (13. 6.) L. 36. de V. O. (45. 1.). [5.] L. 5. §. 2. L. 10. §. 1. commod. (13. 6.) L. 31. in fin. locat. (19. 2.) L. 17. §. 2. praescr. verb. (19. 5.) L. 108. §. 12. de leg. I. (30.) L. 23. de R. I. (50. 17.) L. 61. §. 6. de furt. (47. 2.) §. ult. I. quib. mod. re contr. oblig. (3. 15.). [6.] L. 58. §. 1. locat. (19. 2.) L. 91. pr. L. 137. §. 3. de V. O. (45. 1.) L. 189. de V. S. (50. 16.). [7.] L. 1. §. 35. depos. (16. 3.) §. 1. I. de obl. quae quas. ex del. (4. 5.) L. 6. §. ult. de negot. gest. (3. 5.) Glück Comm. 5. B. S. 361. 362. [8.] L. 91. pr. de

concreto wird nur da prästirt, wo es die Gesetze namentlich fordern. Als Regel kann man hier nur angeben, daſs der, welcher die, von seinen eignen Geschäften nicht zu trennenden Geschäfte eines andern besorgt, bloſs wegen der culpa in concreto verantwortlich ist [9.], gewiſs deswegen, weil man ihn sonst zum Fleiſs in seinen eignen Angelegenheiten zwingen würde. IV.) Wer nur culpa in concreto zu leisten hat, ist dennoch auf allen Fall wegen der culpa lata in abstracto verantwortlich [10.], so wie jeder, von welchem nur eine geringe diligentia in abstracto gefordert wird, dennoch stets diligentia in concreto zu leisten hat [11.]. V.) Kann ein Contrahent entweder nur seine eignen Sachen, oder die, worauf er Fleiſs zu wenden hat, gegen Beschädigung sichern: so muſs er beym Commodat die geliehenen Sachen vorziehn [12.]. Daraus läſst sich aber keine Regel bilden. Höchstens kann man nur [13.] behaupten, daſs von dem, welcher seine eigene Sachen erhielt, im Zweifel zu vermuthen sey, er habe auch die des andern erhalten können [14.]. VI.) Wer auf der einen Seite mehr Gutes stiftet als er sollte, auf der andern aber mehr Schaden, kann beydes compensiren. Wo Jemand verpflichtet ist, zu nutzen, und nicht zu schaden, da kann natürlich von keiner Compensation die Rede seyn [15.]. VII.) Unter dem dolo ist in der Regel die culpa lata mit begriffen [16.].

V.O. (45. 1.) Pufendorf de culp. P. 4. c. 2. §. 17. L. 1. si mensor. fals. mod. (11. 6.) L. 15. §. 1. de iudic. (5. 1.). Weber über nat. Verb. §. 12. fgg. [9.] L. 3. C. de negot gest. (2. 19.) L. 18. §. 1. C. fam. hercis. (3. 36.) L. 25. §. 16. fam. herc. (10. 2.) L. 41. de R. C. (12. 1.) L. 40. de negot. gest. (3. 5.) Vinnii qu. sel. L. 1. c. 28. [10.] L. 29. pr. L. 59. §. 1. mandat. (17. 1.). [11.] L. 32. depos. (16. 3.). [12.] L. 5. §. 4. commod. (13. 6.) [13.] zufolge cap. 2. x. deposit. (3. 16.). [14.] Vergl. Donellus L. 16. c. 7. Wehrn §. 13. [15.] L. 11. de neg. gest. (3. 5.) L. 24. §. 6. locat. (19. 2.) L. 23. L. 25. pro soc. (17. 2.). Ueber die Ideen andrer s. Wehrn §. 21. [16.] L. 38. §. 5. de poen. (48. 19.) L. 11. §. 4. de his qui not. infam. (3. 2.) L. 15. pr. ad L. Corn. de fals. (48. 10.) S. auch unten §. 515.

Zweyte Abtheilung.

Ueber das Object der Handlungen, nämlich Sachen.

§. 234.

I.) Ueberhaupt; was im Verkehr ist.

Der Gegenstand rechtlicher Handlungen sind Sachen, worunter man im Allgemeinen alles versteht, was kein Subject rechtlicher Verhältnisse ist [1.]; jedoch überhaupt nur so weit, als sie nicht durch die Gesetze dem rechtlichen Verkehr entzogen sind. Hieher gehören alle Sachen, welche der Confiscation unterworfen sind, wenn sie ein Bürger besitzt [2.], so wie bey den Römern, ursprünglich unbedingt, dahin gehörten die res sacrae d. h. die den höheren Göttern geweiheten Sachen [3.]; ferner die res religiosae d. h. die Stelle welche ein Leichnam, wenigstens dessen Kopf, oder der Aschenkrug einnahm [4.], und endlich die res sanctae d. h. Anfangs alle den Tutelargöttern gewidmeten, später aber alle unter besondern Schutz des Staats gestellten Sachen [5.]. Welche Modificationen die Lehre von diesen Sachen durch das Kanonische Recht, und die Ansichten der Protestanten erlitten hat, wird im Vortrage über das Kirchenrecht weiter ausgeführt.

§. 235.

II.) Verschiedenheiten der Sachen.

Die Verschiedenheiten der Sachen können den Juristen nur insofern interessiren, als rechtliche Folgen davon abhängen; jedoch bedarf nicht jedes Ding, was etwa die Gesetze definirt haben, und worüber gesunder Verstand und Wörterbücher Aufschlufs geben können, eine Erwähnung im System, sondern nur das, was von besonderer Bedeutung ist [1.].

[1.] L. 5. pr. L. 222. de V. S. (50. 16.). [2.] L. 4. §. 1. fam. hercisc. (10. 2.). [3.] §. 8. I. de rer. div. (2. 1.) L. 6. §. 3. L. 9. pr. §. 1. eod. (1. 8.). [4.] L. 2. §. 5. de religios. (11. 7.) vergl. mit L. 14. C. de legat. (6. 37.) [5.] L. 9. §. 3. de rer. div. (1. 8.) §. 10. I. eod. (2. 1.).

[1.] Vergl. überh. E. C. Westphal Syst. des Röm. Rechts über die Arten der Sachen. Leipz. 1788. 8.

§. 236.

1.) Körperliche, unkörperliche.

Ihrem innern Wesen nach sind die Sachen entweder unkörperliche, wenn sie nur im Begriff existiren, oder körperliche, welche durch die Sinne erkannt werden. Zu jenen gehören dann nicht bloſs alle Dinge, welche wie z. B. Rechte, selbst als Individuen stets nur gedacht werden können, sondern auch alles im Individuo Körperliche, was aber in der Gattung, also im Begriff, den Gegenstand eines Rechts ausmacht [1.].

§. 237.

2.) bewegliche, unbewegliche.

Die körperlichen Sachen sind beweglich oder unbeweglich [1.]. Zu den letzten gehören I.) Von Natur alle entweder überhaupt, oder ohne Zerstörung und Auflösung nicht von einem Ort zum andern zu bringenden Sachen [2.], so wie alles, was mit denselben unmittelbar, oder mittelbar so zusammenhängt, daſs es nicht ohne Verletzung davon getrennt werden kann [3.]. II.) Vermöge rechtlicher Bestimmungen alle, zum beständigen Gebrauch, als Theil einer von Natur unbeweglichen Sache bestimmten [4.], und wirklich schon zu diesem Zweck verwandten, nicht wieder in der entgegenstehenden Absicht getrennten beweglichen Sachen [5.]. Auch werden noch in gewisser Rücksicht, besonders für die Lehre von den Cautionen, alle kostbaren, nicht auf einmal transportabeln Sachen, wie Bibliotheken und Waarenlager, den unbeweglichen gleichgesetzt [6.]. Was

[1.] Tit. I. de reb. corp. et incorp. (2. 2.) L. 1. §. 1. de rer. divis. (1. 8.). Meister de philosophia ICtor. Romanor. in doctr. de corporibus (opusc. n. 10.).

[1.] Vergl. überh. P. Voet de reb. mobil. et immobil. Ultraj. 1666. 8. L. G. Mogen de vera ac genuin. rer. mob. et immob. indole. Giess. 1760. 4. I. G. Haerlin de usu theor. pract. distinct. rer. in mob. et immob. Tüb. 1715. [2.] L. 18. pr. de act. E. V. (19. 1.). [3.] L. 80. §. 2. de contr. emt. (18. 1.) L. 9. de peric. et comm. r. v. (18. 6.) L. 17. §. 3. de act. e. v. (19. 1.) L. 12. §. 23. de instruct. vel. instrum. (33. 7.). [4.] L. 17. pr. §. 2. 8. 9. L. 13. §. 31. L. 14. 15. de act. E. V. (19. 1.) L. 40. §. 6. de contr. emt. (18. 1.) [5.] L. 66. §. 2. de contr. emt. (18. 1.) L. 17. §. 5. 6. 10. 11. L. 18. §. 1. de act. E. V. (19. 1.). [6.] Hellfeld de hypoth. mobil. c. 1. §. 11. Wernher lect. c. L. 2. T. 8.

nicht unter jene Rubriken gehört, ist zu den beweglichen Sachen zu zählen [7.], welche man dann, je nachdem sie sich durch eigne Lebenskraft selbst bewegen können, oder nicht, in Moventien und Mobilien im engeren Sinn eintheilt [8.].

§. 238.

Fortsetzung. Unkörperliche Sachen, also auch Rechte, sind an sich weder beweglich, noch unbeweglich, doch kann eine allgemeine Rede es nöthig machen, sie unter die eine, oder die andere Classe zu bringen. Hier gelten dann die Regeln 1.] ein Recht, welches einer Sache adhärirt, wie z. B. eine Real-Servitut, und zuweilen Apotheken und Braugerechtigkeiten, nimmt die Beschaffenheit der Hauptsache an [1.]. Ist es aber 2.) kein Zubehör einer Sache, so ist es beweglich oder unbeweglich, je nachdem der Gegenstand desselben das eine, oder das andere ist [2.]. Es paſst jedoch die letzte Unterscheidung nur auf dingliche, nicht auf persönliche Rechte, weil man diese unbedingt zu den beweglichen zählt [3.]. Deswegen muſs man denn auch fällig gewordene Grundzinsen [4.], mithin auch fällig gewordene sogenannte Erbegelder [5.] zu den beweglichen zählen, so wie die Schulden einer Gemeinheit [6.]. Rechte, welche, wie das Pfandrecht, nur Nebentheil eines Hauptrechtes sind, richten sich nach der Natur des letzten [7.]. Ist der Gegenstand eines dinglichen Rechts theils beweglich, theils unbeweglich, so muſs es getheilt werden [8.].

§. 239.

3.) fungibiles, non fungibiles. Eine gleichfalls wichtige Eintheilung der Sachen ist die, in fungibiles und non fungibiles, oder, wie man sie jetzt unrich-

§. 6. [7.] Hellfeld l. c. cap. I. [8.] L. 93. de V. S. (50. 16.).

[1.] L. 47. de contr. emt. (18. 1.). [2.] L. 3. §. 15. de vi et vi arm. (43. 15.). [3.] P. Voet l. c. cap. 8. §. 6. Leyser Sp. 26. m. 2. [4.] P. Voet l. c. cap. 9. [5.] C. F. Walch de privil. pecun. hered. §. 14. [6.] Voet Comm. ad P. L. 1. T. 8. §. 28. [7.] Müller ad Leyser Obs. 115. [8.] Voet Comm. l. c. §. 19.

tig [1.] nennt, in verbrauchbare, und unverbrauchbare. Unter jenen versteht man alle Sachen, wobey es in der Regel völlig einerley ist, ob man grade diese Species, oder eine andre von derselben Gattung hat; unter diesen alle, wobey diefs nicht Statt findet. Zu den ersten sind nach den Gesetzen im Zweifel alle Sachen zu zählen, welche im Handel und Wandel nach Zahl, Maafs, oder Gewicht veräussert zu werden pflegen [2.].

§. 240.

4.) einfache, zusammengesetzte.

Besteht eine Sache aus mehreren, durch physische Cohärenz mit einer verschmolzenen Theilen, so wird sie eine einfache (singularis), im entgegengesetzten Fall eine zusammengesetzte (universalis) genannt [1.]. Sind im letzten Fall die mehreren Theile physisch verbunden, so nennt man sie res connexa, werden sie hingegen nur im Begriff als Ganzes vereinigt gedacht, universitas rerum. Besteht eine solche universitas rerum aus dem activen und passiven Vermögen einer Person, so nennt man sie universitas iuris; besteht sie hingegen aus andern vereinigt gedachtem speciellen Dingen, wie Bibliotheken, Heerden, u. dergl., so heifst sie bey den Neueren universitas facti s. hominis. Bey der universitas iuris findet die merkwürdige Regel Statt, dafs der Besitzer derselben, wenn er zur Herausgabe des Ganzen verpflichtet ist, alles für die universitas angeschaffte, oder eingehobene dem, welchem sie zufällt, mit herausgeben mufs [2.].

§. 241.

5.) theilbare, untheilbare.

In einer andern Rücksicht sind die Sachen theilbare (dividuae), oder untheilbare (individuae) [1.]. Jenes findet Statt, nach der

[1.] Wer z. B. ein Pfund Muscheln oder Schmelz zum Putz kauft, kauft eine res fungibilis, aber keine verzehrbare Sache.
[2.] L. 2. §. 1. de R. C. (12. 1.) Cocceii I. C. L. 12. T. 1. qu. 14. 15. Schott de rebus quae functionem recipiunt. (opusc. p. 212.).

[1.] Die Veranlassung zu den folgenden Eintheilungen gaben L. 23. §. 5. de R. V. (6. 1.) L. 30. de A. l. A. P. (41. 2.) L. 30. de usurp. (41. 3.). [2.] L. 20. §. 1. 2. 10. L. 22. de hered. pet. (5. 3.). Heineccii opusc. posth. p. 499. fgg.
[1.] A. Hoffmann de iur. rer. individ. 1701. Lynker de

Natur der Sache, wenn die Sache ohne Zerstörung in Theile zerlegt werden kann, und wenigstens im juristischen Sinn, wenn mehreren intellectuelle Theile an derselben zustehen können; dieses hingegen entweder, wenn die Theilung eine Zerstörung mit sich führt, wie bey beweglichen körperlichen Sachen, den Real-Servituten, und der Freyheit, oder wenn, wie bey manchen Aemtern, die rechtliche Concurrenz mehrerer ausgeschlossen ist [2.].

§. 242.

δ.) Selbstständige und Nebensachen. Zu den letzten gehören:

In Verhältnifs zu einander betrachtet sind die Sachen entweder selbstständige (principales), welche sich nicht als Theil auf eine andere beziehen, oder solche, welche sich als Nebentheil (accessio) zu einer andern verhalten. Zu den letzten sind zu zählen alle Zubehörungen, alle Verwendungen zum Behuf einer Sache, alle Früchte, so wie Schadensersatz und Interesse [1.]. In Rücksicht solcher Nebentheile ist hier die, freylich hin und wieder Ausnahmen leidende wichtige Regel zu bemerken, dafs der, welcher auf Herausgabe einer selbstständigen Sache mit ihren Nebentheilen belangt werden konnte, wegen der letzten nicht weiter in Anspruch genommen werden darf, wenn die Haupt-Klage erloschen ist [2.], und seine Verpflichtung, Nebentheile zu restituiren, nicht auf einer besondern Arglist beruht [3.].

§. 243.

A.) Pertinenzen.

Zubehörungen (pertinentiae) sind alle Nebentheile, welche, auch ohne dafs nichts darüber bestimmt ist, dem zufallen, welcher eine andere Sache erhält. Es gehören dahin 1.) alle Gerechtigkeiten, wie es in dem Begriff derselben liegt, welche jedem Be-

iure rer. individ. Hal. 1702. Vinnii qu. sel. L. 1. c. 28. [2.] L. 8. de R. V. (6. 1.) L. 25. §. 1. de V. S. (50. 16.) L. 17. de servit. (8. 1.) L. 42. 43. de hered. instit. (28. 5.).

[1.] Tit. D. de usuris, et fructibus, et caussis, et omnibus accessionibus (22. 1.). [2.] L. 3. C. de fruct. et lit. expens. (7. 51.) L. 13. C. de usur. (4. 32.) L. 49. §. 1. de act. emt. vend. (19. 1.) L. 26. de usur. (22. 1.) Leyser Sp. 99. m. 8. Carpzov L. 2. resp. 79. m. 18. [3.] L. 61. §. 5. de furtis (47. 2.) Glück Comm. §. 331. a. E.

sitzer einer Sache als solchem beygelegt sind. 2.) Alle Sachen, welche nach dem obigen zwar nicht an sich, aber doch im juristischen Sinn als unbewegliche zu betrachten sind im Verhaltniſs zu den wirklich unbeweglichen, und sodann natürlich analogisch alles, was zu beweglichen Sachen in gleichem Verhältniſs steht [1.]. Daſs das, was nicht als Theil zur Vollendung einer Sache gehört, aber doch von dem bisherigen Besitzer dazu bestimmt ist, stets bey derselben zu bleiben, gleichfalls Pertinenz sey, läſst sich nicht erweisen, wohl aber 3.) daſs verbindliche testamentarische oder gesetzliche Vorschriften jede Sache zur Pertinenz erheben können [2.]. In Deutschland giebt es bey Bauergütern häufig Vorschriften über die Unzertrennbarkeit der Pertinenzen; das Weitere darüber gehört aber nicht hieher.

§. 244.

B.) Verwendungen.

Verwendungen sind von doppelter Art, theils solche, welche in eine Sache verwandt (impensae), theils solche, welche bloſs zum Zweck derselben, nicht auf sie selbst gemacht werden (expensae) [1.]. In ihren Folgen können sie vortheilhaft seyn, oder nicht, und zwar im ersten Fall nothwendige, wenn sie zur Erhaltung der Sache dienen, nützliche, wenn sie den gewöhnlichen reellen Ertrag, und zierende (voluptuariae, oder wollüstige, falls man diesen widerwärtigen Ausdruck besser hält) wenn sie bloſs die Annehmlichkeit der Sache erhöhen [2.]. Nach Umständen können die letzten auch in die zweyte Classe gehören [3.].

§. 245.

C.) Früchte.

Unter einer Frucht (fructus) im eigentlichen Sinn versteht man alles dasjenige, was aus einer Sache im strengsten Sinn durch die Kräfte der-

[1.] Der Beweis liegt in den oben angeführten Gesetzen [2.] I. H. Berger de iur. pertinentiar. Vit. 1687. C. F. Hommel Pertinenz und Erbsonder. Register. Leipz. 1788. E. C. Westphal v. den Pertinenz-St. eines verk. Hauses. Hal. Anz. 1774. V. I. Beselin theor. gen. de pertinent. Goett. 1782.

[1.] I. G. a. Saavedra de expens. et meliorat. Marb. 1601. [2.] L. 79. de V. S. (50. 16.). [3.] L. 38. de R. V. (6. 1.).

selben erzeugt ist, es mag nun das gewöhnliche Product derselben seyn (fructus ordinarius), oder nicht (fructus extraordinarius) [1.]. Was nicht aus einer Sache erzeugt ist, wie der Schatz, oder nicht aus einer Sache im engsten Sinn, wie ein Sclavenkind [2.], gehört nicht unter die Rubrik der Früchte [3.].

§. 146.

Fortsetzung.

Kommen Früchte durch sich selbst hervor, ohne dafs es zu ihrer Erzeugung eines menschlichen Kunstfleifses bedarf, so heifsen sie blofs natürliche (mere naturales), im entgegengesetzten Fall werden sie künstliche (industriales) genannt [1.]. So lange eine Frucht in beyden Fällen noch nicht von der Hauptsache getrennt ist, heifst sie eine hängende (pendens) [2.]. Die abgesonderten theilt man wieder in getrennte (separatos) und gesammelte (perceptos). Unter den letzten versteht man die, welche schon durch irgend ein Factum in die Gewalt dessen gekommen sind, welcher sie erwerben soll; unter jenen alle, welche ohne diefs getrennt sind [3.], doch wird bey den Früchten, welche, wie z. B. junge Thiere, nicht durch Menschenhände getrennt zu werden pflegen, das blofse Getrenntseyn den Einsammeln gleichgesetzt [4.]. Befinden sich gesammelte Früchte noch im Besitz des Einsammlers, so heifsen sie vorhandene (exstantes), wenn sie hingegen von ihm verbraucht oder weggegeben sind, verzehrte (consumti) [5.]. Hat der Besitzer einer Sache keine Früchte gezogen, welche der, dem die Sa-

[1.] L. 77. de V. S. (50. 16.). S. überh. M. Lugnez de fructib. Lugd. 1702. F. Gallus de fruct. Genev. 1721. Wolffradt D. (praes. G. L. Boehmer) sistens theor. general. de acquis. fruct. Goett. 1783. Sect. 1. [2.] L. 7. §. 12. solut. matrim (24. 3.). [3.] L. 58. de usufr. (7. 1.) L. 28. §. 1. de usuris (22. 1.). Bynkershoek Obs. L. 5. c. 7.

[1.] L. 45. de usur. (22. 1.) L. 48. de A. R. D. (41. 1.). [2.] L. 44. de R. V. (6. 1.) L. 27. pr. usufr. (7. 1.). [3.] L. 78. de R. V. (6. 1.) L. 13. quib. mod. usufr. amit. (7. 4.) L. 12. §. 5. de usufr. (7. 1.) L. 48. de A. R. D. (41. 1.). Perennonius animadv. L. 1. c. 5. (Otto Thes. T. 1. p. 597. fgg.). [4.] L. 28. pr. de usur. (22. 1.) Cocceii I. C. L. 7. T. 1 qu. 9. [5.] L. 22. §. 2. de pignor. act. (13. 7.) L. 11. §. ult. L. 14. L. 19. §. ult. de R. C. (12. 1.) L. 22. C. de R. V.

che gehört, hätte ziehen können, so nennt man diess vernachlässigte Früchte (percipiendos) [6.].

§. 247.

Fortsetzung.

Was nicht aus einer Sache erzeugt ist, sondern was man für den, einem andern gestatteten Genuss einer Sache, oder dafür, dass man durch denselben des Genusses einer Sache beraubt ist, erhält, kann eigentlich keine Frucht genannt werden, doch stellt man solche Vortheile juristisch den Früchten gleich, und unterscheidet sie dann von diesen, welche man bey diesem Gegensatz natürliche (naturales) nennt, durch den Ausdruck bürgerliche Früchte (civiles) [1.]. Auf solche bürgerliche Früchte passen die im vorigen §. aufgestellten Eintheilungen nicht, doch hat man es als Regel angenommen, dass wenn Jemand gegen Entrichtung bürgerlicher Früchte natürliche geniesst, jene in Rücksicht dessen, welcher sie empfangen soll, als percepti anzusehen sind, sobald der Geber die natürlichen wirklich percipirt hat [2.].

§. 248.

Fortsetzung.

Zu den bürgerlichen Früchten gehören besonders Pacht- und Miethgelder, und Zinsen. Ueber die ersten ist hier nichts zu erinnern; sehr wichtig ist dagegen die Lehre von den Zinsen, doch läfst sich diese nicht eher deutlich machen, als bis die folgenden Grundsätze über Schadensersatz und Interesse entwickelt sind.

§. 249.

D.) Schadensersatz und

Schaden (damnum) überhaupt heifst die Verringerung des Vermögens einer Person [1.]. Wird das gegenwärtige Vermögen derselben

(3. 32.). [6.] L. 62. §. 1. de R. V. (6. 1.) L. 36. §. 1. de legat. I. (30.).

[1.] L. 62. pr. de R. V. (6. 1.) L. 34. de usuris (22. 1.) L. 121. de V. S. (50. 16.). [2.] L. 26. L. 58. pr. quib. mod. usufr. am. (7. 4.). Voet Comm. L. 7. T. 1. §. 30. L. 18. Tit. 7. §. 9.

[1.] Ueber die Lehre vom Schadensersatz und Interesse S. bes. I. M. Magnus de eo quod interest. (Meermann Thes. T. 3. p. 294.) G. de Gast C. in Tit. C. de sentent. quae pro

verringert, so nennt man ihn einen positiven Schaden (d. emergens positivum); einen negativen (d. negativum, lucrum interceptum s. cessans) hingegen, wenn der Person die Erlangung eines Gewinns unmöglich gemacht wird [2.].

§. 250.

Interesse. Interesse im weitesten Sinn heiſst alles, was Jemand angenehm ist [1.]; im gewöhnlichen Sinn aber begreift es den ganzen positiven und negativen Schaden [2.], wiewohl die Römer zuweilen auch nur das dadurch bezeichnen, was Jemand auſser dem Werth der Hauptsache (vera rei aestimatio) fordern kann [3.], oder gar nur den positiven Schaden [4.].

§. 251.

Arten beyder. Man kann die Gröſse des Schadens und das Interesse nach einem doppelten Maaſsstabe bestimmen, entweder nach der gemeinen Meynung (dem Marktpreise), oder nach den besonderen, individuellen Gefühlen (Affectionen) des Beschädigten. In jenem Fall nennt man das Interesse das gemeine (commune), in diesem das besondere (singulare); doch verbinden manche mit diesen Ausdrücken andre Begriffe [1.]. In der Regel können bey allen Arten der Sachen Affectionen Statt finden, selbst bey fungibilen [2.], sofern sie nämlich Jemand nicht in der Gattung zu fordern hat [3.].

eo quod interest. (Meermann Thes. T. 6. p. 762.) G. Castiani de eo quod interest (Meermann T. 7.) H. Donellus ad leg. Justiniani de sent. quae pro eo quod interest profer. s. liber de eo quod interest. 1596. auch in dess. Comm. L. 26. G. Masii tr. de rei debitae aestimat. Lovan. 1653. P. W. Schmidt de lucro cessante et damno emergente. Ien. 1765. Wehrn doctr. explicatrix principior. damni etc. cap. 1. 6. [2.] L. 3. de damn. inf. (39. 2.) §. 10. I. de leg. Aquil. (4. 4.) L. 3. rat. rem. haber. (46. 8.) L. 2. C. de codic. (6. 36.).

[1.] L. 19. ad exhib. (10. 4.). [2.] L. 21. 22. 33. ad L. Aquil. (9. 2.). [3.] L. 179. L. 193. de V. S. (50. 16.) L. 1. §. 20. de tutel. et rat. distr. (27. 3.). [4.] L. 71. §. 1. de furt. (47. 2.).

[1.] Vergl. Wehrn a. a. O. §. 55. §. 65. not. 12. [2.] Das Gegentheil behauptet Thomasius de pret. affect. in res fungib. non cadente. Hal. 1701. cap. 1. §. 25. fgg. [3.] Aus-

§. 252.

Fortsetzung. In Rücksicht der bewirkenden Ursachen ist der Schaden entweder I.) ein zufälliger (casualis), welcher durch unabwendliche Naturkräfte in, oder außer dem Menschen veranlaßt ward [1.], oder II.) ein freyer (non casuale s. liberum). Wird der letzte a.) durch die erlaubte Ausübung eines Rechts verursacht [2.], so heißt er ein gerechter (indirectum), wenn aber 2.) das Gegentheil Statt fand, ein ungerechter (d. directum s. iniuria datum). Im letzten Fall beruht entweder A.) die schädliche freye Handlung weder auf Nachlässigkeit, noch Arglist; dann heißt der Schaden ein freyer unverschuldeter (d. liberum nec dolosum, nec culposum); oder B.) er ist durch eines von beyden veranlaßt. Ist er in diesem Fall a.) lediglich und allein durch Arglist oder Nachlässigkeit bewirkt, so nennt man ihn den absolut directen Schaden (d. directum absolutum, mere culposum, mere dolosum); sind hingegen b.) beyde nur die entfernte Ursache und conditio sine qua non desselben [3.], so wird er ein vermischter (mixtum) genannt.

§. 253.

Grundsätze. Die Lehre vom Schadensersatz und von der Leistung des Interesse reducirt sich auf folgende Hauptsätze: I.) Wer überhaupt das Interesse zu leisten hat, braucht nur den Schaden zu ersetzen, welcher eine gewisse, nothwendige, und von dem andern nicht zu vermeidende Folge seiner widerrechtlichen Handlung (damnum ex re) [1.], nicht aber einen Gewinn, welcher bloß möglich, und einen Schaden, welcher vermeidlich war (damnum extra rem datum) [2.]. II.) Das Interesse darf

ser dem, was die Natur der Sache lehrt, können aus der Regel: genus cum genere compensandum die stärksten Beweise hiefür entlehnt werden.

[1.] L. 5. §. 2. L. 28. pr. L. 31. ad L. Aquil. (9. 2.) L. 20. commod. (13. 6.). Averan int. L. 2. c. 26. [2.] L. 5. pr. L. 31. inf. L. 45. §. 4. ad L. Aquil. (9. 2.) L. 7. §. 4. quod vi aut clam (43. 23.). [3.] S. z. B. L. 48. §. 4. de furt. (47. 2.) L. 30. de pignor. act. (13. 7.) L. 11. §. 1. locat. (19. 2.).

[1.] L. 12. L. 13. §. 2. de act. E. V. (19. 1.) L. 2. §. ult. de eo quod certo loco (13. 4.). [2.] L. 19. de peric. et comm. r. v.

jetzt in allen Fällen, da der Verletzte ein gewisses, bestimmtes Object zu fordern hat, nicht über den doppelten gemeinen Werth desselben gefordert werden [3.]. Man sucht indefs häufig diese dunkle Vorschrift auf alle Weise zu chikaniren [4.]. III.) Die Verpflichtung zum Schadensersatz und zur Leistung des Interesse entspringt in der Regel nur aus ungerechten freyen Handlungen [5.]. Es braucht also Niemand für den indirecten [6.], oder den, durch seine zufälligen Handlungen verursachten Schaden einzustehen [7.]. IV.) Der vermischte Schade ist dem absolut directen juristisch völlig gleichzusetzen [8.]. V.) Aus einem arglistig oder culpa lata verursachten Schaden entspringt die Verbindlichkeit zur Leistung des besonderen, aus einer geringeren Schuld blofs die Verpflichtung zur Leistung des gemeinen Interesse [9.]. Doch versteht es sich, dafs dem Verletzenden nach den Grundsätzen über die culpa überhaupt dieser Grad des Versehens mufs imputirt werden können. VI.) Für den, durch einen Dritten verursachten Schaden haftet Niemand, es sey denn, dafs er verpflichtet und zugleich im Stande war, ihn abzuhalten, oder dafs er den Dritten auf eine schuldvolle Art dazu reitzte [10.].

§. 254.

Ueber die condictio triticiaria.

Es ist eine sehr gemeine Behauptung, dafs bey stricti iuris Geschäften das Interesse ursprünglich nicht habe gefordert werden kön-

(18. 16.) L. 21. §. 3. de act. E. V. (19. 1.) L. 29. §. 3. ad L. Aquil. (9. 2.). Höpfner Comment. §. 869. [3.] L. un. C. de sentent. quae pro eo quod interest (7. 47.). Höpfner a. a. O. not. 8. [4.] Vergl. z. B. Wehrn l. c. §. 56. 61. [5.] L. 45. de contr. emt. (18. 1.). [6.] L. 26. de damno infect. (39. 2.) L. 3. §. 7. de incend. ruin. naufr. (47. 9.) L. 9. §. 1. de condict. causs. dat. causs. non sec. (12. 4.). Vergl. jedoch mit L. 9. §. ult. L. 31. ad L. Aquil. (9. 2.). [7.] L. 5. §. 2. L. 7. §. 2. L. 30. §. 3. ad L. Aquil. (9. 2.) L. ult. in f. de administr. et peric. tutor. (26. 7.). Meine Vers. 2. B. S. 209—214. [8.] L. 15. de vi et vi arm. (43. 15.) L. 48. §. 4. de furt. (47. 2.) L. ult. de condict. furtiv. (13. 1.) L. 13. de negot. gest. (3. 5.) L. 19. §. 3. locat. (19. 2.). [9.] L. 68. de R. V. (6. 1.) L. 4. §. 4. L. 5. §. 3. de in litem iureiur. (12. 3.) L. 16. §. 3. de pignor. (20. 1.) L. 40. pr. de damno infect. (39. 2.). Zum Theil andre Ideen hat Wehrn l. c. §. 64. [10.] L. 5. §. 13. 19. 20. commod. (13. 6.) L. 41. locat. (19. 2.) L. 31. pr. de act. emt. (19. 1.) L. 20. commun. divid. (10. 3.). Wehrn §. 2. Voet Comm. L. 10. T. 3. §. 4.

nen, dafs aber später unter dem Namen condictio triticiaria eine eigne Klage zu diesem Zweck gestattet sey [1.]. Am wahrscheinlichsten ist aber die Meynung, dafs das: condictio triticiaria blofs ein Beysatz (adiectitia qualitas §. 53.), der, auf etwas ungewisses gerichteten persönlichen Klagen war [2.]. Uebrigens ist der ganze Streit unpractisch, weil jetzt aus der Natur jedes Geschäfts auf das Interesse geklagt werden kann, und auf die Bezeichnung der Klage durch ein Kunstwort nicht mehr gesehen wird [3.].

§. 255.

E.) Zinsen. Unter Zinsen (usurae) versteht man dasjenige, was Jemand für den gehabten, oder den, einem andern entzogenen Gebrauch einer Quantität fungibiler Sachen nach einem allgemeinen, vertragsmäfsig oder gesetzlich bestimmten Maafsstabe in gleichen Sachen als Wiedervergeltung, oder Entschädigung zu erlegen schuldig ist [1.].

§. 256.

a.) Grund derselben. Hätten wir keine besonderen positiven Gesetze über die Zinsen, so würde man behaupten müssen, dafs aus eben den Gründen, welche überhaupt Verbindlichkeiten erzeugen, die Verpflichtung, Zinsen zu zahlen, entspringe, und dafs bey bedungenen Zinsen in Rücksicht des Maafses alles auf den Vertrag ankomme. Allein das Mosaische und Kanonische Recht verbieten im Ganzen, sich Zinsen zu bedingen [1.]; und wenn

[1.] Ueber die verschiedenen Theorien s. Noodt Comm. L. 13. T. 3. Leyser Sp. 150. Westenberg de causs. obl. Diss. 7. c. 5. Wachendorf de cond. tritic. (in triad. Diss. Trai. 1730.). Strauch u. Stryk de eod. argum. [2.] L. 1. de cond. trit. (13. 3.). Vergl. mit L. 12. de novat. (46. 2.). Thomasius ad Huber L. 13. T. 3. §. 1. Cocceii I. C. L. 13. T. 3. qu. 1. Pufendorf T. 2. Obs. 41. [3.] Cocceii l. c. qu. ult.

[1.] S. bes. C. Salmasius de modo usurar. Lugd. Bat. 1638. I. F. Gronovius de usuris centesimis et foenor. unciar. ibid. 1671. G. Noodt de foenore et usur. (in opp. T. 1.).

[1.] Vergl. I. H. Boehmer I. E. P. L. 5. Tit. 19. I. D. Michaelis de mente et ratione legis Mos. usur. prohibente. Erf. 1746.

man, freylich in christlichen Staaten nicht consequent, sich weder an jenes, noch dieses hält, sondern an die Vorschriften des Römischen Rechts, und der Reichsgesetze; so sind doch auch durch diese, sowohl in Ansehung des Ursprungs, als in Betreff der Gröſse der Zinsen mehrere singulaire Vorschriften aufgestellt, welche eine genauere Erörterung verdienen.

§. 257.

Fortsetzung.

Verträge und unerlaubte Handlungen sind die Hauptquellen aller Verbindlichkeiten, also auch der Verpflichtung Zinsen zu zahlen. Beruhet diese auf dem ersten Grunde, so nennt man die Zinsen vertragsmäſsige (conventionales), im letzten Fall zur Strafe verwirkte (punitorias), oder auch wohl Verzugszinsen (usuras morae); wiewohl der letzte Ausdruck zu eng ist, da auſser dem Verzug auch durch andre unerlaubte Handlungen, z. B. einen widerrechtlich angelegten Arrest eine gleiche Verpflichtung entstehen kann. Bey den Römern konnten zwar in ihrer Natur nach unentgeltlichen Geschäften vollgültig keine Zinsen durch einen simpeln Nebenvertrag versprochen [1.], auch in stricti iuris iudiciis keine Verzugszinsen gefordert werden [2.]; davon ist aber jetzt kein Gebrauch zu machen [3.].

§. 258.

Fortsetzung.

Die Verpflichtung, Zinsen zu zahlen, ist aber nicht nothwendig auf jene beyden Gründe eingeschränkt, sondern kann nach gesetzlicher Vorschrift auch noch aus andern Thatumständen entspringen. In diesem Fall nennt man sie gesetzliche Zinsen (legitimas). Die einzelnen hieher gehörigen Fälle [1.] müssen in dem besonderen Theil gelegentlich angeführt werden, so wie die Ausnahmen, da der, welcher nach allgemeinen Gründen Zinsen zu zahlen schul-

[1.] L. 3. C. de usur. (4. 32.). Boehmer l. c. §. 4. fgg.
[2.] L. 22. de donat. (39. 5.). [3.] Grass collat. iur. Rom. Sect. 6. I. F. Hombergk zu Vach de usuris in contract. strict. iur. sec. rec. deput. de a. 1600. §. 139. Marb. 1736.

[1.] Vergl. darüber bes. A. D. Weber über die rechtl. Gründe d. Verb. Zinsen zu zahlen (Versuche 1. B. n. III.).

dig wäre, durch besondere Vorschriften davon befreyt ist. Hier nur noch die, nicht füglich gelegentlich anzubringende, allgemeine Bemerkung, dafs aus der zehnjährigen Bezahlung der Zinsen eines unstreitigen Capitals die Verpflichtung entsteht, ferner diese Zinsen zu entrichten [2.]; dafs von dem Fiscus (§. 294.) keine Zinsen gefordert werden können, sofern er nicht die Verbindlichkeit eines andern fortsetzt [3.], dafs dagegen der Fiscus auch ohne Vertrag sechs vom Hundert als Zinsen zu fordern befugt ist [4.], so wie jeder Minderjährige, solange die Jahre der Minderjährigkeit dauren, ohne Mahnen und Vertrag, von seinen Schuldnern Zinsen fordern kann [5.].

§. 259.

b.) Maafs. Das Maafs der Zinsen kann durch Verträge, oder andre rechtliche Normen bestimmt werden. Geschieht es durch unabänderliche Gesetze, so nennt man die, welche das Maafs nicht übersteigen, gesetzmäfsige (legitimas). Ist hingegen das Maafs durch Gewohnheiten oder auf andre Art, aber nur für zweifelhafte Fälle, bestimmt: so nennt man sie **landesübliche**. Bey vertragsmäfsigen Zinsen kann das Maafs bestimmt, oder unbestimmt ausgedrückt werden. Ist das letzte geschehen, so sind landesübliche Zinsen zu zahlen [1.], so wie die versprochenen Zinsen auch über die Zeit des Anlehns zu entrichten sind, wenn der Gläubiger dem Schuldner über die bestimmte Zeit das Capital in Händen läfst [2.].

[2.] L. 6. pr. §. 1. h. t. (22. 1.). Vergl. mit L. 7. C. h. t. (4. 32.) L. 28. C. de pact. (2. 3.). So sind Leyser Sp. 145. M. 7. 8. u. Wernher lect. c. L. 22. T. 1. §. 9. zu vereinigen. [3.] L. 17. §. 5. 6. h. t. (22. 1.) L. 3. C. de fisci usur. (10. 8.). [4.] L. 6. pr. L. 17. §. 6. h. t. (22. 1.). [5.] L. 87. §. 1. de legat. 2. (31.) L. 3. C. in quib. causs. in int. rest. non. necess. (2. 41.) L. 5. C. de act. emt. (4. 49.). Weber a. a. O. §. 3. a. E. Gewöhnlich macht man eine Ausnahme, wenn der Schuldner des Minderjährigen die Schuld nicht kannte. C. F. A. Weber de praerogativa minor. quoad usur. ex mora illis praest. competent. Ien. 1784. §. 8. Müller ad Leyser Obs. 439.

[1.] L. 34. de R. I. (50. 17.). Voet Comm. L. 22. T. 1. §. 8. [2.] arg. L. 13. §. ult. locat. (19. 2.). Carpzov P. 2. C. 30. def. 5.

§. 260.

Verbotene Procente.

Die erste und wichtigste gesetzliche Beschränkung in Ansehung des Maafses der Zinsen besteht in der Vorschrift, dafs nur gewisse Procente bedungen werden können, und dafs der, welcher aus andern Gründen Zinsen erlegen mufs, gleichfalls nicht mehr, als gewisse Procente zu zahlen braucht. Das neueste Römische Recht enthält I.) in Betreff bedungener Zinsen keine allgemeine Regel, sondern die 4 besonderen Vorschriften: personae illustres können sich nur 4, Kaufleute 8, alle übrigen 6 Procent bedingen; 12 Procent sind nur erlaubt, wenn Jemand die Gefahr eines über See geliehenen Capitals (pecunia traiectitia nauticum foenus) während der Reise, oder in andern mifslichen Lagen [1.] übernimmt [2.]. II.) Zur Strafe verwirkte, und andere Arten der Zinsen betragen in der Regel 6 vom Hundert [3.]; doch kann der, welcher Zinsen zur Strafe zu fordern befugt ist, mehr erhalten, wenn er beweist, dafs sein Interesse sich höher beläuft; auch ist es ihm, da kein Gesetz im Wege steht, nach mifslungenem Beweise des Interesse noch immer unverwehrt, die gesetzlichen Zinsen zu fordern [4.]. Nach besonderen Vorschriften des Codex, wodurch jene allgemeine Regel des Codex restringirt werden mufs [5.], können ausnahmsweise 12 Procent gefordert werden 1.) von dem, welcher nach 4 Monathen einem rechtskräftigen Urtheil nicht Folge leistet [6.], so wie 2.) von dem, welcher in jener Zeit nicht vergütet, was ein andrer auf eine gemeinschaftliche Sache verwandt hat [7.], endlich 3.) nach dem, gleichfalls nicht aufgehobenen Recht der Pandekten von jedem Verwalter fremder Geschäfte, welcher arglistig und eigenmächtig die Gelder des andern zu seinem Nutzen verwendet [8.].

[1.] Wenigstens dehnt man die Vorschrift so aus. Stryk U. M. P. L. 22. T. 2. §. 2. [2.] L. 26. §. 1. C. de usur. (4. 22.). [3.] L. 26. §. 1. C. cit. [4.] L. 2. §. 8. de eo quod certo loc. (13. 4.) Stryk cautel. contr. S. 2. c. 1. §. 26. Andrer M. ist Hofacker princ. iur. R. G. T. 3. §. 1842. [5.] Zufolge Nov. 158. c. 1. Irrig ist es daher, wenn manche mit Voet L. 22. T. 1. §. 2. durch L. 26. C. cit. alle singulairen Vorschriften als aufgehoben ansehen. [6.] L. 2. 3. C. de usur. rei indic. (7. 54.). [7.] L. 4. C. de aedific. privat. (8. 10.) [8.] L. 54. de admin. tutor. (26. 7.) L. 38. de negot. gest. (3. 5.). Weber a. a. O. §. 6. not. 11. Andrer M. s.

§. 261.

Fortsetzung. Die Reichsgesetze enthalten als immerwährende Bestimmung blofs die Vorschrift, dafs der Käufer einer jährlichen Rente, welche im Zweifel von Seiten des Käufers unablöslich seyn solle, sich für ein gegebenes Capital nicht mehr als 5 vom Hundert bedingen dürfe [1.], und dafs im Dahrlehn eben so viel Verzugszinsen gegeben werden sollen [2.]. Für die im 30jährigen Kriege entstandenen Schulden ist jener Maafsstab allgemein festgesetzt [3.]. Dehnt man jene erste Vorschrift in Betreff jährlicher Renten nicht, wie es noch etwa am natürlichsten ist, auf alle bedungenen Zinsen durch das argumentum ab absurdo aus; so mufs man die Regeln aufstellen A.) blofs bey dem Rentekauf darf man sich nur 5 Procent bedingen, in allen andern Fällen bleibt es beym Römischen Recht [4.]; b.) nur beym Darlehn sind die Verzugszinsen 5 vom Hundert; zur Strafe bey andern Geschäften, oder aus andern Gründen zu erlegende Zinsen sind gleichfalls Justinians Bestimmungen unterworfen. Nimmt man indefs auch mit der Praxis an, dafs die Reichsgesetze 5 vom Hundert als den allgemeinen Maafsstab für bedungene und andere Zinsen festsetzen [5.]: so mufs man doch behaupten, dafs da, wo Justinian erlaubt, sich 12 p. c. zu bedingen (weil diese 12 p. c. wegen der Gefahr des Gläubigers nicht als reine Zinsen zu betrachten sind), und wo er durch singulaire Vorschriften 12 p. c. zu geben befiehlt, eben diefs auch noch jetzt als besonderes Recht in seiner Gültigkeit geblieben ist [6.].

Voet l. c. §. 2. I. G. Bauer de usuris sorti imputand. vel repetendis Lips. 1760. (op. T. 1. n. 26.).

[1.] Pol. O. v. 1530. T. 26. §. 8. P. O. v. 1548. T. 17. §. 8. P. O. v. 1577. T. 17. §. 9. [2.] Dep. Absch. v. 1600. §. 139. [3.] I. R. A. v. 1654. §. 174. [4.] Diese Theorie vertheidigen I. G. v. Meiern Ged. v. der Rechtmäss. d. 6ten Zinsthlr. Hannov. 1732. (ders.) Antwort auf die sogenannte Refutat. d. Meyerschen Gedanken 1734. Hufeland Beyträge 1. Hft. n. 2. Hugo Civ. Mag. 2. B. nr. VII. Danz Handb. d. D. priv. R. 2. B. §. 204 – 206. Andrer M. s. der Vfssr. der Refutation der Meyerschen Gedanken. Frkf. u. Leipz. 1734. Gerstlacher Handbuch d. D. Reichsges. 10. B. S. 119. Weber über die nat. Verb. §. 65. nr. 3. [5.] Danz a. a. O. S. 205. [6.] Leyser Sp. 244. m. 7. Wernher P. 6. Obs. 316. R. C. Henne de usurar. centesimar. usu

§. 262.

Fortsetzung. In Deutschland sind manche mit Zinsverträgen sehr ähnliche Geschäfte z. B. die Assecuranz- und Leibrenten-Verträge allgemein gebräuchlich geworden. Da aber das Römische Recht darüber keine Grundsätze aufstellt, und die Natur dieser Geschäfte im Deutschen Privat-Recht aus einheimischen Gewohnheiten und Statuten entwickelt wird: so ist hier nicht der Ort, weitläuftiger davon zu handeln.

§. 263.

Zinsen über das Doppelte. Eine zweyte wichtige Einschränkung liegt in der Vorschrift, dafs aufgeschwollene Zinsen nicht über die Summe des Capitals (ultra alterum tantum) gefordert werden können [1.]. Die späteren Gesetze, welche diefs auch auf bezahlte Zinsen erstrecken, sind, als unglossirt, in Deutschland nicht anwendbar [2.]. Auch leidet jene Regel eine Ausnahme 1.) wenn Jemand Schuldner einer Stadt ist [3.], und 2.) wenn der Gläubiger im Fall des Verzuges des Schuldners beweisen kann, dafs sein Interesse sich höher, als das Doppelte belaufe [4.]. Unbedingt zu verwerfen ist die, durch unsre angeblich eigenthümliche Verfassung, und die reichsgerichtliche Praxis keineswegs hinlänglich unterstützte Behauptung [5.], dafs jene ganze Vorschrift jetzt wegfalle; so wie die, auf blofser widerrechtlicher Billigkeit beruhende Meynung derer, welche [6.] glauben, man müsse wenigstens dann noch die Zinsen über

hod. in casib. iur. Rom. express. Erf. 1742. Andrer M. s. Hellfeld iurispr. for. §. 1335. Hommel rhapsod. Obs. 718. Müller ad Leyser Obs. 438. und zum Theil Stryk U. M. P. L. 22. T. 1. §. 14. 15.

[1.] L. 26. §. 1. de cond. indeb. (12. 6.) L. 10. C. de usur. (4. 32.) Ueberh. I. P. de Ludwig de different. iur. R. et G. in usuris, praesert. ultra alt. tant. Hal. 1740. I. A. Tabor de altero tant. usurar. (opp. n. 6.). I. G. Langsdorf von den usuris ultra alter. tant. Mannh. 1778. [2.] L. 29. 30. C. de usur. (4. 32.) Nov. 121. 138. Pufendorf T. 1. Obs. 14. §. 4. [3.] Nov. 160. [4.] L. 2. §. 8. de eo quod certo loco. (13. 4.). A. M. ist I. B. Wernher de usuris per modum interesse alter. tant. non exigend. Vit. 1711! Allein s. Müller ad Leyser Obs. 445. [5.] Des Müller l. c. Obs. 443. [6.] mit Langsdorf a. a. O. Cap. 1. Struben 1. B. 125. Bed. Pufendorf T. 1. Obs. 14. Wern-

das Doppelte laufen lassen, wenn diefs nach einem rechtskräftigen Urtheil geschehe [7.], wenn der Schuldner in einem arglistigen Verzuge sey [8.], wenn er mit dem Gelde des Gläubigers eine fruchttragende Sache gekauft [9.], wenn er jährliche Renten (versteht sich solche, welche Zinsen sind) zu entrichten habe [10.], oder wenn das Gegentheil verabredet sey. Das läfst sich freylich [11.] sagen, dafs die Summe das Doppelte übersteigen kann, sofern die Zinsen wieder Capital werden. Allein diefs ist keine Ausnahme von jener Regel.

§. 264.

Anatocismus.

Die letzte wichtige Beschränkung ist das Verbot, Zinsen von Zinsen zu nehmen (anatocismus), es mag nun bedungen seyn, dafs die Zinsen zum Capital geschlagen (anatocismus coniunctus), oder als neues besonderes Capital dem Schuldner gelassen werden sollen (anatocismus separatus). Diese Regel hat keine Ausnahme [1.], und gilt selbst dann, wenn durch Vertrag ein neuer Schuldner an die Stelle des alten tritt [2.]. Sie ist aber dagegen nicht anzuwenden, wo wirklich keine Zinsen von Zinsen gegeben werden, also 1.) nicht in dem Fall, wenn die Zinsen gezahlt sind, dadurch die Eigenschaft der Zinsen verloren haben, und (versteht sich nicht in der Absicht das Gesetz zu chicaniren) dem Schuldner als Capital zurückgeliehen sind [3.]; eben so wenig 2.) wenn ein Dritter von dem, was ein Dritter schuldig ist, Zinsen erlegen mufs [4.]. Da Ein

her P. 8. Obs. 309. Mevius P. 7. Dec. 2. 3. 4. [7.] denn diefs ändert nicht die Natur des Obiecti litis L. ult. C. de usur. rei iudicatae (7. 54.). [8.] denn Zinsgesetze sollen auch den Ruin des schlechten Bürgers hindern. [9.] Man frage nur: wird durch den bisherigen Genufs der Früchte der Schuldner dazu fähig, wozu man ihn verpflichten will? [10.] der häufig urgirte Grund, dafs hier doch das Capital unablöslich sey, greift juristisch nicht durch. [11.] Hellfeld iurispr. for. §. 1134.

[1.] L. 28. C. de usur. (4. 32.) Meditat. über versch. R. M. 2. B. n. 63. Struben 5. B. 64. Bed. Eine Menge von Billigkeitsausnahmen hat Berlich P. 2. Dec. 268. Allein s. H. de Cocceii de anatocismo. Sect. 5. (Exerc T. 1. n. 87.). [2.] Cocceii l. c. S. 2. §. 2. 14. Cramer Obs. iur. un. T. 4. Obs. 1239. Andrer M. ist Wernher P. 5. Obs. 86. [3.] Cocceii l. c. §. 3. 4. [4.] L. 7. §. 22. de admin. tu-

Mensch juristisch mehrere Personen vorstellen kann, so mufs man den Ausdruck: ein Dritter nicht absolut im gemeinen Wortverstande verstehen, sondern auch z. B. von dem Vormund, welcher nicht als solcher dem Mündel Zinsen schuldig ist, von diesen Zinsen als Vormund Zinsen zahlen lassen, wenn er in der Eigenschaft des Vormundes gegen sich selbst, als Schuldner, etwas versieht [5.]. Auch kann 3.) jene Vorschrift auf das erweisliche Interesse nicht angewandt werden [6.], so wenig als 4.) auf solche Renten, welche keine wahren Zinsen sind [7.].

§. 265.

Wirkung der Uebertretung der Gesetze.

Den Verboten der Gesetze in Betreff des Zinswuchers kann Niemand vertragsmäfsig entsagen, selbst nicht durch einen Eyd, weil dieser nach der gesetzlichen Ansicht etwas ungöttliches befördern würde [1.]; auch sind alle, zum Deckmantel des Zinswuchers dienenden Geschäfte nichtig [2.]. Das Vorausbezahlen der Zinsen ist, sofern es nicht einen Zinswucher enthält, als erlaubt anzusehen [3.], und bewirkt nur, dafs der Gläubiger dem Schuldner das Capital so lange lassen mufs, bis die Zinsen abverdient sind [4.]. Hat Jemand widerrechtliche Zinsen bezahlt, so ist so viel gewifs, dafs a.) wenn der zahlende Schuldner das Capital noch in Händen hat, und wissentlich oder unwissentlich zu hohe Procente gibt, durch die letzten das erste im Augenblick der Zahlung ipso iure verkleinert wird [5.], und b.) dafs über-

tor. (26. 7.) Mevius P. 6. Dec. 328. P. 8. Dec. 249. Struben 5. B. 56. Bed. [5.] L. Menken de tutor. et curator. ad usur ex suo debito obligato. Lips. 1703. A. M. s. Meditationen über versch. R. M. 1. B. n. 31. C. I. H. Tuckermann de tutore ad praestandas usurar. usuras haud obligato. Goett. 1789. [6.] L. 2. §. 8. de eo quod cert. loc. (13. 4.) A. M. ist Cocceii l. c. Sect. 4. §. 5. [7.] Viele nehmen mit Berlich l. c. n. 29. die Renten unbedingt aus.

[1.] cap. 1. de usur in 6. (5. 5.) Pol. O. v. 1577. Tit. 17. §. 8. Cocceii l. c. S. 1. §. 20. [2.] Pol. O. v. 1577. Tit. 17. §. 8. T. I. Reinharth de usurar. pravit. tam vera et palliata, quam putativ. s. imaginar. Erf. 1727. Leyser Sp. 247. C. F. Walch de usurar. pravitate sub palliat. transact. Ien. 1773. [3.] Pufendorf T. 3. Obs. 68. Müller ad Leyser Obs. 436. [4.] L. 57. de pact. (2. 14.) L. 2. §. 6. de dol. mal. et met. except. (44. 4.). [5.] L. 26. C. de usur.

mäſsige Zinsen, welche aus Irrthum nach, oder mit dem Capital entrichtet sind, als eine Nichtschuld zurückgefordert werden können [6.]. Daſs andre wissentlich illegal gezahlte Zinsen das Capital ipso iure verringern, und daſs das, was nach Abtrag des Capitals wissentlich wider die Gesetze gegeben ist, gleichfalls zurückgefordert werden könne [7.], läſst sich aus allgemeinen Gründen (§. 65.) nicht vertheidigen, sondern nur, daſs der Fiscus hier eintreten kann [8.] Besondere Ausnahmen für diese Materie haben wir aber nicht [9.]. — Die Lehre von den öffentlichen Strafen des Zinswuchers gehört ins peinliche Recht.

§. 266.

Art der Zinszahlung.

Die Zinsen müssen, wenn nicht ausdrücklich oder stillschweigend etwas anderes darüber bestimmt ist, in einer dem Capital gleichen Münzsorte bezahlt werden [1.]. Als Nebentheil kann man sie nach Erlöschung der Hauptklage nicht weiter einfordern, ausgenommen, wenn sie durch einen selbstständigen Vertrag, wohin jetzt jeder Nebenvertrag gehört, versprochen waren [2.].

§. 267.

Aufhören des Zinsbuchs.

Die Verpflichtung Zinsen zu zahlen hört auf 1.) durch Tilgung der Hauptschuld [1.] und was derselben gleich ist; 2.) dadurch daſs aufgeschwollene Zinsen die Gröſse des Capitals erreichen. 3.) Durch sogenannte purgatio morae, wenn

(43. 2.) A. D. Weber de usur, indeb. solut (jetzt in dess. Vers. 1. B. n. IV.) §. 23. fgg. Andere Berechnungsarten vertheidigen Leyser Sp. 245. m. 10. I. C. Koch meditat VIII. ad Schaumburg comp. D. Spec. comp. pand. T. de succ. ab int. exhib. adiect. Ien. 1757. Müller l. c. Obs. 440. [6.] L. 26. §. 1. 2. de condict. indeb. (12. 6.). [7.] Wie Weber a. a. O. §. 21. Cocceii l. c. Sect. 3. §. 1. mit Berufung auf L. 26. §. 1. cit. (welche aber von einer Zahlung aus Irrthum handelt. Meine Vers. 2. B. 5. Abh. n. III.) behaupten. [8.] L. 5. de calumn. (3. 6.) L. 32. §. ult. de don. int. V. et U. (24. 1.).

[1.] Leyser Sp. 243. m. 3. vergl. mit Müller Obs. 483. [2.] L. 26. pr. C. h. t. (4. 32.) Mevius P. 3. Dec. 420. Struben 1. B. 63. Bed. Quistorp Beytr. n. 58.

[1.] L. 19. C. h. t. (4. 32.).

von Verzugszinsen die Rede ist (§. 85—87.), so wie 4.) durch ausdrücklichen oder stillschweigenden Erlaſs [2.]. Das letzte wird angenommen, wenn der Schuldner mehrere Jahre (wie viel? lassen die Gesetze unbestimmt) geringere Zinsen, als er schuldig war, bezahlte, in welchem Fall er auch ferner nicht mehr zu geben braucht [3.]. Wird der Schuldner durch Anlegung eines Arrestes an der Zahlung gehindert, so schadet dieſs dem Gläubiger nie, wenn er nicht selbst widerrechtlich den Arrest veranlaſste, weil der Begriff des Verzugs in der bloſsen Nichterfüllung liegt, und kein Gesetz hier dem Gläubiger den Zufall zur Last gelegt hat [4.].

§. 268.

F. Interusurium.

Verschieden von den Zinsen ist das sogenannte Interusurium oder commodum repraesentationis. Wenn nämlich der Schuldner vor der bestimmten Zeit eine unverzinsliche Schuld mit Einstimmung des Gläubigers abträgt, so kann er verlangen, daſs ihm für die, auf dem Gläubiger dadurch übertragenen Vortheile ein Abzug gestattet werde [1.]. Diese Vergütung für die frühere Zahlung (repraesentatio) heiſst Interusurium. Was der Schuldner unter diesem Namen abzuziehen berechtigt sey? ist aber sehr streitig. Weder das Pinkardische [2.] oder Carpzovsche [3.] Princip, wonach der Schuldner sofort die gewöhnlichen Zinsen bis zum Zahlungstage abziehen kann, noch das Hofmannische [4.], welchem zufolge er die Summe zurückhält, welche das ganze Capital ergänzen würde, wenn man die von dem Gezahlten zu ziehenden Zinsen (interusurium simplex) dazu rechnet, läſst sich vertheidigen. Die einzig richtige ist die Leibnitzische

[2.] L. 17. §. 1. de usur. (22. 1.) [3.] L. 13. pr. l. c. L. 5. 8. C. eod. Meine Schrift über Bes. u. Verjähr. 2. Thl. §. 63. a. E. [4.] Ueber die verschiedenen Theorien s. Struben 4. B. 102. Bed. Pufendorf T. 3. Obs. 170. Voet L. 22. T. 1. §. 19. Müller ad Leyser Obs. 437.

[1.] L. 1. §. 10. ad Leg. Falc. (35. 2.) L. 24. §. 2. solut. matrim. (24. 3.). [2.] C. H. Horn de interusurio §. 13. [3.] Carpzov P. 3. Dec. 275. [4.] G. A. Hoffmann app. prud. oecon. P. 1. p. 383. fgg. Von richtiger Berechn. des

Rechnung [5.], wonach der Gläubiger von dem zu früh Empfangenen Zinsen von Zinsen berechnen mufs, welches offenbar als kein anatocismus betrachtet werden kann [6.]. Manche suchen die Hofmannische und Leibnitzische Methode nach Unterschied der Fälle mit einander zu verbinden [7.].

Fünfter Abschnitt.

Ueber den Besitz der Rechte.

§. 269.

Einleitung.

Es ist sehr natürlich, dafs die Gesetze dem, welcher sich in der factischen Ausübung eines Rechts befindet, unangesehen, ob ihm das Recht wirklich zusteht, vor allen andern begünstigen. Im allgemeinen heist dieser factische Zustand Besitz [1.], wiewohl sich das Römische possidere, und unser Besitzen im ursprünglichen Sinn nur auf die körperliche Inhabung einer körperlichen Sache bezieht [2.], und der Jurist nur

Interusurii. Leipz. 1735. [5.] G. G. Leibnitz medit. iurid. math. de interusurio, in act. erud. ann. 1683. p. 425. [6.] A. G. Kaestner progr. pro iustit. calculi interusur. Leibnit. Lips. 1747. Deutsches Museum 1783. 9. 10. St. Fratr. Beckmannorum tr. de interusurio. Goett. 1784. Hommel Rhaps. Obs. 306. E. A. Lieben Gedanken über d. Frh. v. Leibnitz. und Hoffmanns verschiedene calculos interusurii. Dresd. 1788. [7.] I. M. Schneidt Spec. arithm. ad mater. de usurio, antichresi, interusurio et redit. ann. applicat. Herbip. 1784.

[1.] S. überh. Maranus oper. T. 2. p. 182. fgg. I. A. Beyma comm. ad var. Tit. iur. p. 321. I. Caprae paraphr. in Lib. 41. Dig. Leov. 1645. p. 321. fgg. F. Ramos und F. Retes ad Tit. de acqiur. poss. (in Meermann Thes. T. 7.) M. I. Iupille Essai sur les principes du droit, en matiere de possession. Louv. 1780. Westphal Syst. d. Art. der Sachen §. 9—321. A. I. Cuper Obs. select. de natura poss. Lugd. Bat. 1789. E. F. W. v. Spangenberg Vers. einer syst. Darst. der Lehre vom Besitz. Bayr. 1794. 8. F. G. Fleck herm. Tit. 6. de acqiur. vel am. poss. Spec. duo Lips. 1796. Meine Schrift über Bes. und Verj. Jena 1802. 1ster Theil. F. C. v. Savigny das Recht des Besitzes. Giefs. 1803.) [2.] L. 1.

den für einen Besitzer anerkennt, welcher neben der körperlichen Inhabung (detentio rei) zugleich die rechtliche Absicht hägt (animum tenendi, detinendi), sich die Handlung der Detention ausschliefslich anzumafsen [3.]. Da der Besitz in mehreren Rücksichten, besonders aber als Vermuthungsgrund des Rechtes selbst, und als Erwerbungsgrund dinglicher Rechte, juristisch wichtig ist: so läfst sich der Lehre vom Besitz im System des Rechts, wenn man sie nicht zerreissen will, kein, durchaus logisch richtig gewählter Platz anweisen. Da aber, nachdem die Natur des Rechts überhaupt entwickelt ist, auch noch auf das, dabey Statt findende Factische Rücksicht zu nehmen ist, und die Lehre vom Besitz in dem besondern Theil überall ihren Einflufs zeigt: so mufs ihr in einem Lehrbuch des Pandektenrechts dieser Platz gegeben werden.

§. 270.

Fortsetzung.

Das positive Recht ist in der Lehre vom Besitz von jenem rohen, ursprünglichen Begriff des Besitzes im rechtlichen Sinn ausgegangen, doch ist später vieles dadurch geändert, dafs oft der, welcher wirklich besitzt, von den Gesetzen als Nichtbesitzer behandelt wird, während sie auf der andern Seite den, welcher wirklich nicht besitzt, juristisch dem wahren Besitzer gleichstellen [1.]. Die Lehre vom Besitz ist also durch die Beantwortung der vier Fragen erschöpft: welches ist die ursprüngliche Natur des Besitzes? wann wird der wahre Besitzer als Nichtbesitzer behandelt? wann der Nichtbesitzer als Besitzer? und welches sind die Wirkungen des Besitzes?

§. 271.

I.) Ursprüngliche Natur des Besitzes.

Aus dem ursprünglichen Begriff des Besitzes, welcher, so lange nicht besondere Ausnahmen erweislich gemacht werden, als die Grundlage dieser ganzen Materie zu betrachten ist, ergeben sich folgende Hauptre-

pr. L. 3. pr. §. 3. de A. vel A. P. (41. 2.). Galvanus de usufr. c. 33. [3.] L. 1. §. 3. L. 41. eod.

[1.] L. 49. pr. §. 1. h. t. (42. 2.) Cuper P. 1. c. 5.

sultate; 1.) Nur der kann besitzen, welcher der körperlichen Inhabung, und der Absicht zu detiniren fähig ist. In erster Hinsicht also sind unfähig alle moralischen [1.], in letzten alle willen- und verstandlosen Personen [2.]. 2.) Mehrere Subjecte können nicht zugleich besitzen [3.]. 3.) Das Object des Besitzes mufs eine bestimmte körperliche Sache seyn [4.]. Es kann also 4.) der Besitz nur durch jene beyden zugleich existirenden Facta erworben werden [5.]. Das Factum der körperlichen Ergreifung wird, wenn der Besitz von einer Person auf die andere übertragen wird, Uebergabe (traditio) genannt [6.], Apprehension hingegen oder Occupation im Fall eines einseitigen Ergreifens. War Jemand in der Detention der Sache eines Andern, so bedarf es keiner Hin- und Hergabe, sondern nur noch der rechtlichen Absicht. Man nennt diese Fortsetzung der Detention aus einem neuen Grunde Traditio brevi manu [7.]. Endlich erlischt 5.) der Besitz, wenn entweder die körperliche Inhabung, oder die rechtliche Absicht, oder beydes aufhört [8.], also auch durch den Tod. [9.].

§. 272.

II.) Fingirter Nichtbesitz.

Unter die Rubrik der Fälle, da der Besitzer als Nichtbesitzer behandelt wird, gehören folgende Erörterungen: 1.) die Gesetze haben die auf Schützung und Wiedererlangung des Besitzes abzweckenden Rechtsmittel nicht jedem eingeräumt, sondern nur gewissen Besitzern. Diese, denen man dann insofern allein einen animum tenendi zuschreibt [1.], werden vorzugsweise possessores genannt. Dahin gehö-

[1.] L. 1. §. 22. eod. [2.] L. 1. §. 3. L. 3. §. 5. L. 32. §. 2. L. 34. eod. [3.] L. 3. §. 5. eod. L. 19. pr. de precar. (43. 26.) [4.] L. 1. §. 2. L. 3. pr. L. 26. h. t. (41. 2.) L. 43. §. 1. de A. R. D. (41. 1.) L. 4. §. 27. L. 9. L. 12. §. 2. de usurp. (41. 3.). [5.] L. 3. §. 1. L. 23. pr. L. 48. h. t. (41. 2.). [6.] L. 3. §. 1. L. 48. eod. [7.] §. 44. I. de rer. div. (2. 1.) L. 9. §. 5. L. 21. §. 1. de acquir. rer. dom. (41. 1.) L. 9. §. 1. 2. de publ. in rem act. (6. 2.). [8.] L. 3. §. 6. 8. 13. 17. 18. L. 15. L. 30. §. 4. h. t. (41. 2.). Die scheinbar entgegenstehende L. 8. h. t. L. 153. de R. I. (50. 17.) ist vom juristisch modificirten Besitz zu verstehen. Meine Abh. über Bes. S. 50. not. 3. [9.] L. 23. pr. h. t. (41. 2.).

[1.] L. 13. §. 1. de publ. in rem act. (6. 2.) L. 3. §. 1. 3. L. 18.

ren alle, welche als Eigenthümer besitzen [2.], der Emphyteuta [3.], der Faustpfandinhaber [4.], der Sequester, insofern ihm wirklich Besitzrechte übertragen sind [5.], und unter dieser Voraussetung auch der, welcher eine Sache als precarium erhielt, jedoch nicht gegen den Concedenten [6.]. Alle, welche aus andern Rechtsgründen besitzen, werden in diesem Sinn nicht als possessores behandelt [7.], sondern es wird ihnen eine bloſse Detention, oder Besitz auf fremden Namen zugeschrieben [8.].

§. 273.

Fortsetzung.

2.) Wer in jenem engern Sinn einen animum tenendi hat, wird in manchen Fällen dennoch wieder als Nichtbesitzer angesehen, nämlich A.) wenn er eine dem Commerz entzogene Sache [1.], oder einen freyen Menschen, mit dem Bewuſstseyn, daſs er es sey, besitzt [2.], oder B.) wenn er selbst von einem andern besessen wird [3.]. C.) Wenn Jemand der Gewalt eines andern unterworfen ist, oder wird, in den Fällen nämlich, da er für sich nichts erwerben kann [4.]. D.) Wenn ihm der, einem andern noch juristisch zustehende Besitz (possessio non vacua) übergeben ward [5.]. E.) Besitzt Jemand mit einer Hauptsache verbundene Nebensachen, so wird ihm in Rücksicht der lezteren kein besonderer Besitz zugeschrieben, sondern nur in der

§. 3. L. 32. §. 2. L. 41. L. 46. h. t. (41. 2.). [2.] L. 1. §. 8. 9. 10. 22. 23. L. 12. L. 18. de vi et vi armat. (43. 15.). [3.] L. 15. §. 1. qui satisd. cog. (2. 8.) L. 3. §. 7. uti possid. (43. 16.). [4.] L. 35. §. 1. de pignor. act. (13. 7.) L. 13. quae in fraud. cred. (42. 9.) L. 33. §. 4. de usurp. (41. 3.). Meine angef. Schrift §. 9. not. 3. [5.] L. 39. h. t. (41. 2.) Vergl. mit L. 17. §. 1. depositi (16. 3.). [6.] §. 6. I. de interdict. (4. 15.) L. 2. §. 3. L. 4. §. 1. L. 6. §. 2. 4. L. 12. pr. L. 15. §. 4. de precar. (43. 26.). Müller ad Leyser Obs. 844. [7.] L. 9. de R. V. (6. 1.) L. 5. §. 1. ad exhib. (10. 4.) L. 10. §. ult. de A. R. D. (41. 1.) L. 12. pr. h. t. (41. 2.). Cuper P. 1. c. 1. [8.] Galvan de usufr. Diss. 33. §. 3.

[1.] L. 1. §. 2. L. 30. §. 1. h. t. (41. 2.). [2.] L. 1. §. 6. L. 23. §. 2. L. 30. §. 1. eod. L. 11. L. 23. pr. ex quib. causs. maior. (4. 6.). [3.] L. 34. §. ult. de A. R. D. (41. 1.) L. 118. de R. I. (50. 17.). [4.] L. 24. L. 49. §. 1. h. t. (41. 2.) L. 23. §. 1. L. 30. §. 3. eod. L. 38. §. 7. de V. O. (45. 1.) L. 2. §. 2. pro herede (41. 5.) L. 16 de precar. (43. 26.). [5.] L. 13. C. de distr. pign. (8. 28.) L. 12. C. de probat. (4. 19.). Die

Masse, als er jene besitzt [6.]. F.) Leidet die besessene Sache eine, das Eigenthum eines Dritten aufhebende Specification, so erlischt dadurch der Besitz [7.], so wie durch ein richterliches Urtheil [8.]. G.) Auf den Erben gehen, ohne neue Veränderungen in seinem Zustande, die Fehler des Besitzes seines Erblassers über [9.]. H.) Besitzt Jemand die Sache eines andern, so kann er zwar durch ein äusseres Factum, nicht aber durch blossen Entschluss die Art des bisherigen Besitzes ändern [10.]. Ob indess bey beweglichen Sachen der blosse Entschluss auch unwirksam sey? ist nach den Gesetzen zweifelhaft [11.]. I.) Wer einem andern nicht veräussern kann, überträgt durch die Veräusserung auch nicht den vollen Besitz [12.]. K.) Der Pfandinhaber wird in Betreff der Verjährung als Nichtbesitzer angesehen [13.]. L.) Ein, selbst an sich willensfähiges Kind kann keinen Besitz ergreifen, ausgenommen den, einer ihm geschenkten Sache [14.].

§. 274.

Insbesondere possessio naturalis, civilis, iusta, iniusta, bonae und malae fidei.

Hieraus erklärt sich nun 3.) die wichtige hieher gehörende Eintheilung in possessio naturalis und civilis [1.]. Es haben diese Worte einen doppelten Sinn: A.) Im Allgemeinen heisst possessio naturalis die, mit dem animo tenendi unverbundene, oder getrennt davon gedachte Inhabung [2.]; possessio civilis, oder possessio schlechthin, die, mit dem animo te-

L. 16. de fundo dotali (23. 5.) spricht von einer Cession der Klage. Struben 3. B. 52. Bed. [6.] L. 23. de usurp. (41. 3.) L. 7. §. 1. ad exhib. (10. 4.) L. 30. h. t. (41. 2.) L. 1. §. 4. 6. 7. 37. L. 3. §. 15. de vi et vi armat. (43. 15.). [7.] L. 30. §. 4. h. t. (41. 2.). Fleck l. c. p. 71—74. [8.] L. 80. de R. V. (6. 1.). [9.] L. 11. C. h. t. (7. 32.). [10.] L. 1. §. 2. pro donato (41. 6.) L. 2. §. 1. 2. pro herede (41. 5.) L. 18. pr. L. 47. h. t. (41. 2.) L. 5. C. eod. (7. 32.) L. L. 12 L. 18. pr. de vi (47. 8.). [11.] L. 3. §. 18. L. 47. h. t. (41. 2.). [12.] L. 26. pr. L. 46. de donat. int. V. et U. (24. 1.). [13.] L. 1. §. 15. L. 36. h. t. (41. 2.) L. 33. §. 4. de usurp. (41. 3.). [14.] L. 3. C. h. t. (7. 32.). Meine Abh. §. 10. a. E. Ueber die Ideen andrer s. auch Savigny a. a. O. §. 21.

[1.] Vergl. bes. Cuper P. 1. c. 5. — Abweichend ist Savigny a. a. O. §. 7. 10. [2.] L. 7. §. 11. commun. divid. (10. 3.) L. 38. §. 10. de usuris (22. 1.) L. 12. pr. L. 49. pr. h. t. (41. 2.) L. 1. §. 1. L. 3. §. 3. 13. L. 23. pr. eod. L. 11.

nendi verbunden gedachte Detention [3.]. B.) Im engern Sinn heifst possessor naturalis jeder, welcher sich einen animum tenendi anmaafst, den die Gesetze mifsbilligen; civilis jeder, dessen animum tenendi die Gesetze für bürgerlich wirksam erkennen. Die possessores naturales im ersten Sinn werden dann im zweyten gar nicht zu den possessoribus gezählt [4.]. Die possessio naturalis im engern Sinn wird übrigens als gesetzlich mifsbilligt, possessio iniusta, die civilis hingegen possessio iusta genannt [5.]. Hiemit ist die Eintheilung in bonae und malae fidei possessio nicht zu vermengen, wobey nicht auf den Rechtsgrund des Besitzes, sondern auf den Glauben des Besitzers gesehen wird [6.].

§. 275.

III.) Fingirter Besitz.

Die Fälle, da ein Nichtbesitzer als Besitzer angesehen wird (possessio ficta, interpretativa) sind: 1.) In Rücksicht der Natur des Besitzes überhaupt, und der Erwerbung desselben folgende: A.) Wer nicht in der ausschliefslichen Detention einer Sache ist und seyn kann, wird dennoch wegen der Statt gehabten Ausübung seines Rechts oft ganz dem wahren Besitzer gleichgestellt [1.]. Die Neuern nennen diefs barbarisch [2.] quasi-possessio. Zur Erwerbung eines solchen Besitzes gehört, wenn das Recht darauf hinausgeht, einen andern vom Handeln auszuschliefsen, dafs dessen Handlungen unter Beruhigung desselben widersprochen; wenn hingegen das Recht ein affirmatives ist, dafs die auszuübende positive Handlung vermöge eines gerechten Titels, oder mit Wissen desjenigen, dessen Rechte dadurch beschränkt werden, aus-

de A. R. D. (41. 1.). [3.] L. 3. §. 3. 13. L. 23. pr. h. t. (41. 2.) L. 3. §. ult. L. 4. L. 7. §. 1. ad exhibend. (10. 4.). [4.] L. 24. h. t. (41. 2.) L. 38. §. 7. de V. O. (45. 1.) L. 35. famil. hercisc. (10. 2.) L. 1. §. 9. 10. L. 12. L. 18. pr. de vi et vi armata (43. 15.). [5.] L. 13. §. 1. de publ. in rem act. (6. 2.) L. 5. 24. 33. h. t. (41. 2.) L. 7. §. 12. de usurp. (41. 3.). [6.] Meine Schrift §. 15.

[1.] L. 10. pr. L. 12. §. 3. L. 41. pr. de liberal. causs. (40. 12.) L. 23. §. 2. ex quib. causs. maior. (4. 6.) L. 10. pr. de S. P. U. (8. 2.) L. 10. C. h. t. (7. 32.). Cuper P. 1. c. 4. [2.] We-

geübt werde [3.]. Soll ein solcher uneigentlicher Besitz vermöge eines Vertrags erworben werden, so muſs sowohl bey negativen als affirmativen Rechten jene Handlung des Widerspruchs und des äussern Anmaſsens des Rechts (quasi-traditio) hinzukommen [4.]. Uebrigens haben die Gesetze nur den, sich in der Ausübung dinglicher Rechte befindenden Personen die vollen Besitzrechte beygelegt; daher man sie im Ganzen bey der Ausübung persönlicher Rechte nicht eintreten lassen kann [5.].

§. 276.

Fortsetzung. Wichtig ist B.) die Ausdehnung des Besitzes durch den Satz, daſs mehrere zugleich nach intellectuellen Theilen im Mitbesitz oder der Mit-Detention (compossessio, condetentio) derselben Sache seyn [1.], und mehrere in verschiedenen Rücksichten an Einer Sache Besitzrechte haben können [2.]; so wie, C.) daſs man auch durch andre einen Besitz anfangen und fortsetzen kann, wenn man von Amtswegen, oder vermöge eines allgemeinen, oder besondern Auftrags dazu befugt war, und ihn wirklich für den andern ergriff [3]. Ein so, durch einen andern angefangener Besitz heiſst ein mittelbarer (possessio mediata), im Gegensatz dessen dann der wahre ein unmittelbarer (p. immediata) genannt wird.

ber über die nat. Verb. §. 25. not. 1. [3.] L. 1. §. 2. de S. P. R. (8. 3.) L. 6. §. 1. si serv. vindicet. (8. 5.) L. 11. §. 1. de publ. in rem. act. (6. 2.). [4.] L. 11. §. 1. cit. L. 1. §. ult. de S. P. R. (8. 3.) L. 3. pr. de O. et A. (44. 7.) L. 20. C. de pact. (2. 3.). P. I. Heisler über den Satz, daſs verneinende Servituten durch bloſse Verträge erlangt werden. In dess. Abh. 1. St. n. 3. [5.] Spangenberg über Besitz §. 104.

[1.] L. ult. in f. C. de reb. auct. iud. poss. (42. 5.) L. 15. pr. de carbon. edict. (37. 10.). Stryk de compossessione. Hal. 1674. (op. T. 2. n. 17.). A. F. Rivinus de eurematicis in materia possession. et compossess. Vit. 1743. cap. 2. [2.] L. 13. quae in fraud. cred. (42. 9.) L. 1. §. 15. h. t. (41. 2.) L. 16. de usurp. (41. 3.). [3.] L. 1. §. 20. 23. L. 34. §. 1. L. 42. §. 1. h. t. (41. 2.) L. 37. §. 4. 6. de A. R. D. (41. 1.) L. 13. de donat. (39. 5.).

§. 277.

Fortsetzung.

Noch reichhaltiger sind D.) die Vorschriften über die singulairen Arten der Besitzerwerbung. Diese sind mannigfaltig. Nämlich a.) der Besitz eines zusammenhängenden Ganzen wird durch Begreifen eines Theils erworben [1.], so wie b.) durch Niederlegung in die Gewahrsam eines Besitzers im Auftrage desselben [2.], oder durch den blofsen Entschlufs zu besitzen, wenn der Besitzer sie in seiner Gewahrsam entdeckt [3.]; c.) bey vertragsmäfsigem Erwerbe des Besitzes durch blofses Hinzeigen (tratidio longa manu) auf die zu übergebende Sache [4.]; d.) durch Ergreifen mit Werkzeugen [5.]; e.) bey der Uebergabe eingeschlossener Dinge durch Ueberreichung des, zur Oeffnung des Behältnisses dienenden Dinges (traditio symbolica), doch mufs diefs im Angesicht des Behältnisses geschehen [6.]; f.) durch Uebergabe der, die Besitzrechte beweisenden Instrumente [7.]. g.) Die traditio brevi manu (§. 271.) kann auch in der Entfernung von der Sache geschehen, weil, wie unten zu zeigen ist, die Fortsetzung des Besitzes nicht stetes Begreifen erfordert, der Vertrag selbst mufs aber unter Gegenwärtigen geschlossen werden [8.]. h.) Wer juristischer Besitzer ist, und den eigentlichen Besitz auf einen andern übertragen, aber doch in der Detention der Sache bleiben will, kann jene Uebertragung durch einen blofsen Vertrag, den man constitutum possessorium nennt, vornehmen [9.]. i.) Die, aus dem Besitz erwachsenen Rechtsmittel gehen

[1.] L. 3. §. 1. h. t. (41. 2.) L. 4. §. 1. de peric. et comm. r. v. (18. 6.). [2.] L 18. §. 2. h. t. [3.] L. 3. §. 3. eod. [4.] L. 18. §. 2. eod. L. 79. de solut. (46. 3.). [5.] §. 13. 14. I. de rer. div. (2. 1.) L. 55. de A. R. D. (41. 1.). [6.] §. 45. I. de rer. div. (2. 1.) L. 74. de contrah. emt. (18. 1.) L. 1. §. 21. h. t. (41. 2.). [7.] L. 1. C. de donat. (8. 54.). Stryk D. de possess. instrumental. natur. et acquis. (op. T. 1. n. 18.). [8.] L. 9. §. ult. L. 10. L. 11. pr. L. 15. de R. C. (12. 1.). Vergl. mit L. 34. mandati (17. 1.). Cuiac Obs. L. 4. c. 3. Voet Comm. L. 12. T. 1. §. 5. [9.] L 18. h. t. (41. 2.) L. 77. de R. V. (6. 1.) L. 28. C. de donat. (8. 54.) cap. 9. X. de rest. spoliator. (2. 13.). Mascov de constit. possessorio. Lips. 1733, (op. T. 1. n. 4.). I. C. Spitz de natur. et effect. const. possessor. Erf. 1751. Ganz geleugnet wird es von Giphanius lect. Alt. p. 120. 121. 474. H. F. Schoreh de const. poss. in LL. Rom. non fundato. Erf.

auf den Erben über [10.]; auch kann k.) ein blofses richterliches Urtheil Besitzrechte übertragen [11.].

§. 278.

Fortsetzung. Manchmal wird F.) auch ein Besitz ohne alles körperliche Verhältnifs angenommen. Denn so kann a.) eine moralische Person durch andre einen Besitz anfangen und fortsetzen [1.]; auch gibt es b.) Fälle, da Jemand zur Strafe als Besitzer angesehen wird, nämlich wenn der Nichtbesitzer sich auf eine gegen ihn als Besitzer angestellte Klage einläfst, oder der Besitzer sich arglistig des Besitzes entäufsert, um nicht als Besitzer belangt werden zu können [2.].

§. 279.

Fortsetzung. 2.) In Rücksicht der Fortsetzung und des Verlustes des Besitzes gelten nun die beyden Hauptregeln: A.) Der Besitz wird nicht durch blofses Aufhören, sondern nur durch rechtsbeständiges Aufgeben der Absicht zu besitzen verloren [1.], und eben so wenig B.) dadurch, dafs die Sache aus der wirklichen Detention entlassen ist, oder ein andrer sich heimlich in den Besitz einer unbeweglichen Sache eingeschlichen hat, wenn man nur nach Willkühr den Besitz der Sache wieder ergreifen kann [2.]. Man nennt diesen in der Entfernung von der Sache fortgesetzten Besitz possessio mentalis. Der Besitz hört also nur dann auf, a.) wenn der animus possidendi rechtlich aufgegeben wird. Diefs wird vermuthet, α.) wenn Jemand bewegliche Sachen, welche keine Moventien sind, aufser seiner Gewahrsam

1732. Zum Theil von Pufendorf T. 1. Obs. 10. [10.] Müller ad Leyser Obs. 514. [11.] L. 80. de R. V. (6. 1).

[1.] L. 7. §. 1. quod c..iusq. univ. nom. (3. 4.) L. 2. h. t. (41. 2.). Horn D. de possess. universitat. Vit. 1701. [2.] L. 7. L. 25. L. 27. pr. §. 3. L. 80. de R. V. (6. 1.).

[1.] L. 1. §. 3. L. 27. L. 29. h. t. (41. 2.) L. 31. §. 4. de usurp. (41. 3.) L. 1. §. 25. de vi et vi arm. (43. 15.). [2.] L. 3. §. 7. 13. 14. L. 13. §. 3. 4. L. 25. §. 2. L. 44. pr. L. 46. h. t. (41. 2.).

unbewacht liegen läfst [3.]. In Betreff der Moventien gelten andre Grundsätze. Denn Sklaven besitzt man, auch wenn sie abwesend, oder entflohen sind [4.], wilde Thiere, solange man sie nach Willkühr wieder ergreifen kann [5.], andre Arten, solange sie die Gewohnheit des Wiederkehrens beybehalten [6.]. β.) Wenn man den heimlich Eingedrungenen nicht sofort, da man es erfährt, vertreibt [7.]. b.) Mufs der Besitz aufhören, wenn man wegen entgegenstehender Dinge [8.], oder aus Mangel an Wissenschaft die wirkliche Detention nicht wieder erlangen kann [9.]. Uebrigens kann die Fortsetzung des Besitzes auch durch Mittelspersonen geschehen. Hören diese selbst auf zu besitzen, so vernichtet diefs den Besitz des juristischen Besitzers nicht [10.], ausgenommen, wenn sie den juristischen Besitz von einem andern ergreifen lassen [11.].

§. 280.

IV.) Wirkungen des Besitzes. 1.) Verbindlichkeiten.

Die Wirkungen des Besitzes sind theils Rechte, theils Verbindlichkeiten. Die letzten bestehen hauptsächlich darin, dafs A.) der Besitzer sich auf alle, die Sache betreffenden actiones in rem und in rem scriptas einlassen mufs. Wird jedoch dem Kläger das Recht, welches derselbe verfolgt, nicht von dem Besitzer, sondern von dem, welcher demselben den Besitz übergab, streitig gemacht, so kann der Besitzer den Kläger an den letzten verweisen, welches man laudatio oder nominatio auctoris nennt [1.]. B.) Ist der Besitzer in vielen Fällen wegen der Früchte, Zinsen und des Interesse verantwortlich,

[3.] L. 3. §. 13. L. 47. eod. [4.] L. 1. §. 14. L. 15. pr. L. 15. eod. [5.] L. 3. §. 14. eod. [6.] L. 3. §. 15. 16. eod. [7.] L. 6. §. 1. L. 7. L. 25. §. 2. L. 46. eod. verglichen in Betreff der Mobilien mit L. 3. §. 6. L. 18. pr. §. 1. L. 44. §. 2. eod. [8.] L. 3. §. 13. 14. 17. L. 13. pr. L. 18. §. 3. L. 25. pr. eod. [9.] L. 3. §. 13. L. 25. pr. L. 44. pr. eod. [10.] L. 25. §. 1. eod. L. 31. §. 3. de usurp. (41. 3.) L. 12. C. h. t. (7. 32.). [11.] L. 44. §. 2. h. t. (41. 2.). A. M. ist Struben 1. B. 159. Bed. Allein s. Meine Schrift §. 23.

[1.] L. 9. de R. V. (6. 1.) L. 2. C. ubi in rem actio (3. 19.). Lauterbach Diss. de nominatione. I. C. Koch de nominatione et laudat. auctoris. Giess. 1779.

wie gelegentlich schon gezeigt, und ferner in den einzelnen Fällen anzugeben ist.

§. 281.

2.) Rechte. Die Rechte, welche der Besitz erzeugt [1.], sind folgende: A.) Jeder kann seinen Besitz durch Privat-Gewalt vertheidigen [2.], und den ihn Entsetzenden auf frischer That vertreiben [3.]. B.) Er kann den gehabten und verlornen Besitz durch gerichtliche Zwangsmittel schützen und verfolgen. Wie diefs geschehen mufs? läfst sich am besten im summarischen Procefs zeigen. Hier nur die Bemerkung, dafs alle possessorischen Klagen blofs persönliche, dafs also die Besitzrechte (ius possessionis) weder dingliche, noch eine dritte Art, sondern persönliche Rechte sind [4.]. C.) Unter gleichen Umständen geht der Besitzer jedem andern vor. Er braucht also seinen Besitz nicht zu rechtfertigen, und weicht dem Kläger nur dann, wenn dieser durch einen überwiegenden Beweis sein besseres Recht darthut [5.]. Die Frage: ob der, welcher sich im Besitz der Einschränkung des Rechts eines andern befindet, auch von der Last des Beweises frey sey? läfst sich erst in der Lehre von den Servituten recht deutlich entscheiden, wenn vorher im Procefs die Theorie vom Beweissatze überhaupt entwickelt ist. D.) Der juristische Besitzer kann dem, welcher auf seinen Namen detinirt, die Detention eigenmächtig nehmen, sofern dieser sich nicht widersetzt [6.] E.) Der Besitz ist der nächste Erwerbungsgrund dinglicher Rechte, und ertheilt F.) in manchen Fällen [7.] das Recht auf die Erwerbung der, von der Sache gezogenen Früchte, so wie G.) nach der Praxis der Besitz unbeweglicher Sachen von Cautions-Leistungen im Procefs befreyt [8.].

[1.] P. Müller D. beati possidentes. Ien. 1687. I. G. Fichtner de poss. commod. Alt. 1711. [2.] L. ult. h. t. (41. 2.) L. 3. §. 9. L. 17. de vi (43. 16.) L. 29. §. 1. ad L. Aquil. (9. 3.). [3.] L. 3. §. 17. de vi (43. 16.) R. A. v. J. 1521. Art. 2. [4.] Meine Versuche 2. B. S. 62—64. [5.] L. 11. C. de petit. hered. (3. 31.) L. 24. de R. V. (6. 1.) cap. 6. X. de probat. Reinharth de possessore ob onere prob. relevat. [6.] Struben 3. B. 57. Bed. [7.] S. unten die Lehre von der rei vindicatio und hered. petitio. [8.] Das weitere darüber unten im Procefs.

§. 282.

Ueber Retentionsrecht besonders.

Besonders wichtig ist H.) das, durch den Besitz möglich werdende Retentions-Recht [1.]. Ist diefs Jemand durch einen Vertrag oder Testament ertheilt worden (ius ret. conventionale, testamentarium): so sind die Grenzen desselben danach abzumessen. Soll es hingegen ohne Erlaubnifs Statt finden (ius ret. legale): so mufs die Forderung, wegen deren man eine Sache zurückhalten will, mit der Sache selbst in Beziehung stehen (debitum connexum). Dahin gehört, a.) wenn der Besitzer auf die Sache, oder in Beziehung auf dieselbe Verwendungen gemacht hat, wohin in der Regel alle nützlichen und nothwendigen zu rechnen sind [2.]. b.) Wenn die Herausgabe einer Sache durch eine actio directa von dem Besitzer verlangt wird, so kann er wegen aller, auch nicht unter die vorige Rubrik gehörenden, durch eine actio contraria zu verfolgenden Forderungen die Sache retiniren [3.]. Eben diefs ist c.) jedem erlaubt, welcher befugt ist, sich selbst aus einer Sache zu befriedigen [4.]. Man nennt diese Art qualificatum, jedes andre Retentions-Recht simplex. d.) Wer eine Sache für eine Gegenleistung herausgeben soll, kann sie, bis diese erfolgt ist, zurückhalten [5.]. e.) Ist die Retention einer Sache erlaubt, wenn man durch sie einen, vom Eigenthümer zu ersetzenden Schaden erlitten hat [6.]. Nur der Pfandinhaber hat wegen eines gültigen Pfandrechts das allgemeine Recht, wegen aller, selbst nicht connexen Forderungen das Retentions-Recht ausüben zu dürfen [7.], welches aber auf andre nicht zu erstrecken

[1.] I. P. Heisler de iure retent. Hal. 1751. (Exerc. 1. n. 2.). G. L. Boehmer de iure retent. eiusque effectu. Goetting. 1773. (Elect. T. 2. n. 13.). I. L. Schmid de iis, quae ad exercend. ius retent. sunt necessar. Ien. 1785. I. C. W. Faselius syst. Darstellung d. Lehre vom Ret. R. 2te Aufl. Hal. 1793. [2.] L. 2. pr. ad L. Rhod. de iact. (14. 2.) L. 1. C. si aliena res pignor. (8. 16.) L. 27. §. 5. L. 48. de R. V. (6. 1.). [3.] L. 18. §. ult. commod. (13. 6.) L. 1. pr. quib. mod. pign. vel hypoth. (20. 6.). [4.] L. 4. 9. in quib. causs. pign. (20. 2.) L. 29. C. de iure dot. (5. 12.). [5.] L. 13. §. 8. de act. E. V. (19. 1.) L. 26. §. 4. de cond. indeb. (12. 6.). Manche rechnen diefs zum conventionali tacito. [6.] L. 9. §. 3. de damn. inf. (39. 2.) L. 8. de incend. ruin. naufr. (47. 9.) [7.] L. un. C. etiam ob chirogr. pec. (8. 27.) L. 25. de pign.

ist [8.]. Die Streitfrage [9.]: ob die Forderung des Retinirenden sofort klar seyn müsse? läſst sich nur so beantworten: wenn er im ordentlichen Proceſs auf Herausgabe belangt wird, so kann er verlangen, zum Beweise seiner Einrede gelassen zu werden. Ist hingegen eine zulässige Proceſs-Art gegen ihn gewählt, wobey illiquide Einreden überhaupt nicht beachtet werden, so muſs seine Forderung sofort klar seyn.

act. (13. 7.). [8.] L. ult. C. commod. (4. 23.) L. ult. C. depos. (4. 34.). Müller ad Leyser Obs. 568. [9.] Vergl. Stryk de possess. per caut. non auferenda cap. 2. §. 15-17. Pufendorf T. 2. Obs. 50. Faselius §. 10.

Besonderer Theil.

A.) Regierungsrecht.

Einleitung.

§. 283.

Eintheilung der Rechtswissenschaft.

Die Gesetze lassen sich am schärfsten eintheilen, wenn man von der Verschiedenheit der, durch sie begründeten rechtlichen Verhältnisse ausgeht. Von dieser Seite betrachtet ergibt es sich sogleich, daſs es zwey Hauptarten des Rechts gibt, nämlich öffentliches (publicum), wodurch die Rechte und Verbindlichkeiten des Regenten, es sey nun gegen die Unterthanen, gegen seine Mitregenten, oder Auswärtige, und bürgerliches (privatum, civile) wodurch die Rechte und Verbindlichkeiten der Unterthanen im Verhältniſs zu einander oder gegen Auswärtige begründet werden.

§. 284.

Fortsetzung.

Die bürgerlichen Gesetze, welche das Verhältniſs des Unterthanen zu dem Unterthanen bestimmen, nennt man vorzugsweise Privat-Recht; die, hingegen, worauf die Verhältnisse der Bürger, es sey nun einzelner, oder, unter dem Namen des Staats, aller gegen Auswärtige beruhen, heissen Völkerrecht (ius gentium im neueren Latein.).

§. 285.

Fortsetzung.

Die öffentlichen Gesetze sind wieder von doppelter Art, nämlich theils solche, welche dem Regenten selbst gegeben sind, und also von demselben nicht einseitig aufgehoben werden können; theils

solche, welche von dem Regenten selbst herrühren, und insofern von ihm willkührlich zurückgerufen werden können. Gesetze der ersten Art heissen, weil sie das Feste der Verfassung begründen, Constitutions-Gesetze; die der letzten Art, als Folge der Ausübung der Regierung, Regierungsgesetze. Ein Inbegriff jener heiſst Staatsrecht, ein Inbegriff dieser Regierungsrecht [1.].

§. 286.

Fortsetzung.

Das Regierungsrecht ist wieder doppelt, theils inneres, theils äuſseres, je nachdem nämlich der Regent als Verwalter eines inneren, oder äuſseren Hoheitsrechtes öffentliche Verhältnisse bestimmt. Das erste begreift wieder die vier Hauptarten: peinliches, Cameral- und Finanz-, Proceſs-, und das, alle übrigen Arten befassende Polizey-Recht.

§. 287.

Inhalt des besondern Theils der Pandekten.

Die Vorlesungen über die Pandekten können sich, bey der jetzigen Lage der academischen Lehrvorträge nicht über alle diese Rechtstheile verbreiten, und die, wovon sie handeln, nicht mit gleicher Vollständigkeit darstellen. Staats- und Völkerrecht müssen, so weit sie antiquarisch sind, den Vorlesungen über Römische Rechts- und Deutsche Reichsgeschichte, in ihren practischen Theilen aber dem Vortrage über Deutsches Staatsrecht überlassen bleiben. Eben dieſs gilt vom äuſsern Regierungsrecht. Die einzelnen Theile des inneren Regierungsrechts enthalten gleichfalls vieles den besondern Vorlesungen über Rechtsgeschichte, Staats- und peinliches Recht angehörendes. Im Privat-Recht können die Pandekten die mehrste Vollständigkeit haben, doch sind auch hier einzelne Theile, nämlich Lehn- und Kirchenrecht, und alle einheimischen Deutschen Rechts-Institute, wieder davon auszunehmen, und in die, für sie bestimmten besondern Vorträge zu verweisen.

[1.] Ueber diese und die folgenden Eintheilungen s. Meine jurist. Encyclop. und Methodologie. §. 16. 26. 65. 125. Schlossers Briefe über die preuss. Gesetzg. 1. Thl. 2. Schr.

Erster Theil.

Peinliches Recht in seinen Grundzügen.

§. 288.

Strafe, Strafgesetz, Verbrechen.

Die Gesetze verbieten und gebieten eine Handlung entweder schlechthin, oder unter Androhung eines, die Uebertretung der Vorschrift begleitenden Uebels. Ein solches Uebel wird Strafe genannt, das Gesetz, worin ein solches Uebel angedrohet wird, Strafgesetz, und die, ein Strafgesetz übertretende Handlung Verbrechen.

§. 289.

Oeffentliche, ordentliche und aufserordentliche, Privat-Verbrechen.

Die Strafen und Verbrechen sind theils öffentliche, theils Privat-Strafen und Verbrechen. Jenes sind sie, wenn der Staat den Verbrecher zum Besten des Ganzen der Strafe unterwirft; dieses, wenn der Verletzte zu seinem Privat-Vortheil die Strafe fordern kann. Die öffentlichen Verbrechen werden von den Römern wieder in publica oder ordinaria, und extraordinaria eingetheilt, je nachdem nämlich die öffentliche Strafe durch ein Comitial-Gesetz bestimmt festgesetzt ist, oder nicht [1.]. Die Lehre von den öffentlichen Strafen mufs, als Gegenstand des peinlichen Rechts, in den Pandekten übergangen werden. Die Lehre von den Privat-Strafen gehört in das Privat-Recht. Nur einige, überall eingreifende allgemeine Bemerkungen mögen hier ihren Platz finden!

§. 290.

Criminal- und Privat-Klagen. Rei persecutoriae,

Ein Verbrechen kann zugleich mit einer öffentlichen und einer Privat-Strafe belegt seyn [1.], während der Verbrecher zugleich wegen des, durch ihn verursachten Schadens

[1.] L. 1. de publ. iudic. (4. 18.) L. 3. §. 2. de praevaricat. (47. 15.) L. 3. de extraord. crim. (47. 11.) G. L. Boehmer de abigeatu et furto equor. §. 1 — 7. (Elect. T. 3. n. 21.).

[1.] L. 92. de furtis (47. 2.).

poenales, mixtae. auf Vergütung belangt werden kann. Die Verpflichtung, Jemand das Seinige zu leisten, kann aber auch aus andern Gründen, als einem Verbrechen, entstehen. Alle Klagen sind demnach entweder öffentliche, Criminal-oder Popular-Klagen, wenn sie auf eine öffentliche Strafe gerichtet sind, und daher von jedem aus dem Volk angestellt werden können [2.], oder Privat-Klagen. Die letzten sind entweder a.) actiones rei persecutoriae, wenn man bloſs das Seinige dadurch verfolgt, die Verpflichtung des Beklagten mag nun aus einem Verbrechen entstanden seyn [3.], oder nicht; oder b.) poenales, wenn von dem Beklagten eine reine Strafe gefordert wird [4.]; oder endlich c.) mixtae, wenn der Zweck derselben Klage theils auf eine Strafe, theils auf Entschädigung gerichtet ist [5.].

§. 291.

Arten und Anwendbarkeit der Privat-Strafen. Die Privat-Strafen der Römer sind sehr verschieden. Bald erhält der Verletzte das Recht, ein arbitraires Quantum zu fordern [1.], bald kann er eine bestimmte Summe verlangen, und zwar entweder eine einfache Summe [2.], oder das Doppelte [3.], Dreyfache [4.] und Vierfache [5.]. Auſserdem gibt es manche, in der Folge gelegentlich zu erwähnende andere Strafen, z. B. daſs Jemand seine Klage [6.], oder der Besitz einer Sache genommen wird [7.], oder daſs er zur Strafe seine Einreden verliert [8.]. Nach der, freylich durch keine zureichenden Gründe unterstützten, und daher noch im-

[2.] L. 30. §. 3. de iureiur. (12. 2.) Tit. P. de popular. action. (47. 25.). I. Finestres in Hermogeniano L. 2. ad L. 32. de obl. et act. I. A. Frommann action. crim et civil. differentiae principes. Diss. 1. 2. Tüb. 1682. [3.] z. B. Tit. P. de condict. furtiv. (13. 1.). [4.] z. B. L. 5. §. 6. de his qui effuder. (9. 3.). [5.] §. 18. I. de act. (4. 6.).

[1.] L. 1. §. 1. L. ult. quod quisque iuris in alterum (2. 2.) L. 3. §. 2. L. 4. §. 2. L. 5. §. 1. ne quis eum, qui in ius vocat. (2. 7.). [2.] L. 7. de iurisdict. (2. 1.). [3.] §. 5. I. de obl. quae ex delict. (4. 1.). [4.] §. 24. I. de act. (4. 6.) Nov. 124. c. 2. [5.] §. 5. I. de obl. quae ex delict. (4. 1.). [6.] L. 7. C. unde vi (8. 4.). [7.] L. ult. de R. V. (6. 1.) Nov. 18. c. 10. [8.] Auth. Contra C. de non num. pecun. (4. 30.).

mer angefochteneren Meynung der mehrsten fallen die, auf eine reine Privat-Strafe gerichteten Klagen jetzt weg [9.]. Daſs die übrigen Privat-Strafen der Römer gleichfalls nicht mehr Statt finden, hat auch nicht einmal die gemeine Meynung, sondern höchstens die willkührlichen Ideen einzelner für sich [10.]; und selbst die, auf eine reine Privat-Strafe gerichteten Klagen werden von denen, welche sie jetzt überhaupt als Antiquität ansehen, wenigstens ausnahmsweise in den Fällen zugelassen, da bey dem Abgange öffentlicher Strafen die Beybehaltung des Römischen Rechts zur Verhinderung eines Verbrechens nothwendig ist [11.].

§. 292.

Concurrenz der Klagen.

Der Unterschied jener vorhin genannten Arten der Klagen ist sehr wichtig, theils in Rücksicht der Lehre von der Concurrenz der Klagen, theils in Betreff der Frage: welche Klagen auf, und gegen die Erben gehen. Die Lehre von der Concurrenz der Klagen [1.] beruhet hauptsächlich auf folgenden Grundsätzen: 1.) Wenn mehrere Klagen auf einen verschiedenen Gegenstand gerichtet sind: so können sie alle nach einander angestellt werden. Deswegen schlieſsen denn mehrere actiones rei persecutoriae, welche verschiedene Zwecke haben, einander nicht aus [2.], und aus gleichen Gründen wird eine actio rei persecutoria nicht durch eine Criminal- [3.], oder eine Privat-Pönal-Klage ausgeschlossen [4.], so wie mehrere auf verschiedene Strafen gehende Klagen einander nicht ausschlieſsen [5.]. Hat indeſs der Verletzte selbst auf eine Cri-

[9.] Höpfners Comment. §. 1127. Glücks Comment. 3. T. §. 274. 275. vergl. mit Malblank princ. iur. Rom. §. 358. [10.] S. Malblank doctr. de iureiur. §. 73. und dawider Cocceii I. C. L. 18. T. 4. qu. 27. Danz ord. Proc. §. 335. a. E. Wehrn v. gerichtl. Einwend. §. 60. [11.] S. z. B. Glück a. a. O. 5. Thl. §. 430.

[1.] Averan interpr. L. 3. c. 14. 15. I. Finestres et de Monsalvo D. de concurr. action. ad L. 32. de O. et A. in Hermogen. T. 1. p. 601. fgg. H. a. Vianen de concurs. act. Trai. ad Rh. 1736. (Oelrichs Th. nov. V. 1. T. 1. n. 4.). A. L. C. Schmidt de concurs. act. Ien. 1753. Schmidt Lehrb. v. d. Kl. §. 16. 60. 106. [2.] Vianen l. c. cap. 3. [3.] L. 4. §. 4. finium regund. (10. 1.) L. 3. §. 6. de tab. exhib. (42. 5.). [4.] L. 54. §. 1. 3. de furt. (47. 2.) L. 7. C. eod. (6. 2.) L. 7. §. 1. de condict. furt. (13. 1.). [5.] L. 2.

minal-Strafe geklagt, so kann er nachher nicht weiter auf die Privat-Strafe dringen [6.]. Wenn dagegen 2.) mehrere Klagen auf denselben Zweck gerichtet sind, so schliefst die eine die andere aus, wenn nicht durch die letzte ein mehreres, als durch die erste sollte gefordert werden können [7.]. Darum können denn auf denselben Zweck gehende actiones rei persecutoriae nicht nach einander angestellt werden [8.], und eben so werden diese Klagen durch eine actio mixta ausgeschlossen [9.].

§. 293.

Uebergang auf und wider die Erben.

In Betreff der Frage, welche Klagen von den Erben angestellt werden können (translatio activa), und welche Klagen gegen die Erben gehen (translatio possiva)? [1.], sind folgendes die wesentlichen Grundsätze: 1) Criminal-Klagen gehen weder auf, noch wider die Erben [2.]. 2.) Privat-Pönal-Klagen können von den Erben, aber nicht gegen die Erben angestellt werden [3.]; dagegen gehen 3.) actiones rei persecutoriae, wohin auch die auf eine Conventional-Strafe gerichteten gehören, activ auf die Erben [4.]. Ausgenommen sind stets die sogenannten actiones meram vindictam spirantes, welche nie von den Erben angestellt werden können [5.]. Passiv auf die Erben hingegen gehen unbedingt nur die, aus keinem Verbrechen entstehenden reipersecutorischen Kla-

de privat. delict. (47. 1.) L. 32. de O. et A. (44. 7.). [6.] §. 10. I. de iniur. (4. 4.) L. 56. §. 1. de furt. (47. 2.). [7.] L. 7. §. 1. commodat. (13. 6.) L. 1. arborum furtim. caesar. (49. 7.) L. 37. §. 2. de evict. (21. 2.) L. 34. §. ult. de O. et A. (44. 7.). In dem letzten Fragment ist das von am Ende wegzustreichen. Voet Comm. L. 9. T. 2. §. 31. Cuiac Obs. L. 3. c. 25. [8.] L. 1. §. 17. de exercit. act. (14. 7.) §. ult. I. de obl. quae ex delict. (4. 1.) §. 29. I. de act. (4. 6.) L. 7. §. 1. L. 16. de condict. furtiv. (13. 1.). [9.] Weil eine doppelte rei persecutio nach dem obigen nicht Statt findet.

[1.] M. a. Lyclama benedictorum libri IV. Lugdun. Bat. 1617. 8. [2.] L. 20. de poen. (48. 19.) H. de Cocceii de cess. eor. quae ad hered. non trans. c. 4. §. 21. (Ex. Vol. 2. T. 2. n. 65.). [3.] §. 1. I. de perpet. et temp. act. (4. 12.). [4.] §. 1. I. cit. §. ult. I. de verb. obt. (3. 16.) §. 16. I. de act. (4. 6.). [5.] §. 1. I. cit. L. 13. pr. de iniur. (47. 10.) L. penult. de in ius voc. (2. 4.) L. 4. de calumniat. (3. 6.) L. 7. C. de revoc. donat. (8. 56.) L. 6. §. ult. L. 7. de inoff.

gen [6.]; die, welche daraus entspringen können, nach Römischem Recht nur so weit gegen die Erben gerichtet werden, als sie sich reicher befinden [7.], nach Kanonischem Recht aber im Ganzen schlechthin, jedoch nur so weit, als die Erbmasse zureicht [8.]. Es können aber 3.) alle Klagen, welche nach dem obigen nicht activ und passiv auf die Erben übergehen, wenigstens dann von den Erben, und wider die Erben angestellt werden, wenn sie vor dem Tode des Erblassers durch Klage und Einlassung rechtshängig geworden waren [9.]; doch sind die Criminal-Klagen im Ganzen in Ansehung der passiven Translation hievon ausgenommen [10.]. Die jetzige Criminal-Praxis befolgt indeſs zum Theil andre Grundsätze [11.].

Zweyter Theil.

Cameral- und Finanzrecht, in einer allgemeinen Uebersicht des gemeinen Rechts.

§. 294.

Begriff. Fiscus, Aerar, Privat-Güter des Regenten.

Unter dem Cameral- und Finanz-Recht versteht man den Inbegriff der Gesetze, welche sich auf die Verwaltung und Vermehrung des Staats-Vermögens beziehen [1.]. Das Colle-

test. (5. 2.). [6.] §. 1. I. cit. L. 1. §. 1. L. 18. depos. (16. 3.). [7.] §. 1. I. cit. L. 16. §. 2. quod met. causs. (4. 2.) L. un. C. ex delict. defunctor. [8.] cap. 5. X. de raptor. (5. 17.) Glücks Comment. §. 449. a. E. [9.] L. 26. L. 58. de O. et A. (44. 7.) L. 139. L. 164. de R. I. (50. 17.) L. 6. §. ult. L. 7. de inoff. test. (5. 2.). [10.] Vergl. L. 26. de poen. (48. 19.) L. 20. de accusat. (48. 2.) L. 38. de R. I. (50. 17.). Tit. C. si reus vel accusat. mort. (9. 6.). L. 1. 2. 3. C. si pendent. appell. (7. 66.). [11.] Wernher P. 7. Obs. 15. Boehmer ad Carpzov qu. 131. Obs. 1. Quistorp peinl. R. §. 87.

[1.] C. Besold de aerar. public. Tub. 1615. C. Klock de Aerario c. not. C. Pelleri. Norimb. 1651. I. B. v. Rohr vollst. Haushaltr. Leipz. 1766. I. I. Moser v. der Landeshoheit in Cameral-Sachen. Frkf. 1773. P. Burmann de vectigal. pop. Rom. Lugd. B. 1734. F. E. I. Fischer kurzer Begriff des Cameral-Rechts. Hal. 1796. A. Hofmann de vectigal.

gium, welchem bey den Römern diese Sorge übertragen war, und welches wieder viele Bureaus (stationes) unter sich hatte [2.], hieſs schlechthin Fiscus, nachdem nämlich der Unterschied zwischen dem, zu allgemeinen Staats-Ausgaben bestimmten Aerario populi, und der dem Kaiser zur freyen Disposition überlassenen Casse aufgehoben war [3.]. Die dem Regenten als Privat-Mann gehörenden Güter werden patrimonium principis genannt. Nur dem Regenten steht das Recht zu, einen Fiscus zu haben [4.]; ob auch dem unmittelbaren Reichsadel? ist streitig [5.], und im Staatsrecht zu entscheiden.

§. 295.

Arten der Staatsgüter.

Die Staatsgüter sind von doppelter Art, theils solche, deren Gebrauch jedem Bürger freysteht (res publicae s. str.), theils solche, welche zum Besten des Ganzen bestimmt sind, aber nicht von jedem Einzelnen benutzt werden können (patrimonium populi). Zu den ersten gehören alle zum allgemeinen Gebrauch bestimmten Staats-Gebände, alle gröſseren Flüſse im, und alle Seeufer am Staatsgebiet [1.], so wie alle öffentlichen Heerstraſsen [2.]. Das Römische Recht enthält viele, zur Schützung solcher Sachen abzweckende Vorschriften, über deren Inhalt die Ueberschriften der Pandekten-Titel schon hinlänglich Auskunft geben [3.]. Die Sachen der letzten Art können sehr mannigfaltig seyn, waren es aber bey den Römern nicht so sehr, wie bey uns. Die Palläste des Kaisers, die Staatsländereyen, Wälder, Heerden und Bergwerke waren die wichtigsten [4.].

iure in gen. in specie vero de vectigal. subsidiar. Mog. 1787. [2.] L. 1. C. de compensat. (4. 31.) Pufendorf T. 3. Obs. 79. [3] L. 7. 17. C. Theod. de annon. et tribut. L. 13. de iure fisci (49. 14.). Guther de offic. dom. august. L. 3. c. 18. 31. 42. Raevardi var. L. 4. c. 4. [4.] C. d. C. O. P. 2. T. 21. §. 3. I. R. A. §. 165. [5.] Siebenkees Magaz. 1. B. n. 13.

[1.] L. 3. ne quid in loc. publ. (43. 8.) L. 5. pr. de rer. div. (1. 8.) F. L. v. Cancrin Abh. v. dem Wasserrechte. Hal. 1790. 2. B. 8. [2.] I. V. Bechmann de iure viar. publ. Ien. 1670. C. E. Reichenbach de regali viar. publicar. iure. Frkf. 1679. A. Fritsch de regal. viar. publ. iure (op. T. 1. P. 1. n. 14.). [3.] S. Pand. Lib. 43. Tit. 6. 7. 8. 9. 10. 11. 12. 13. 14. 15. 23. 25. und darüber Westphal de libert. et serv. praed. cap. 3 – 12. [4.] Tit. C. de fund. et saltib.

§. 296.

Mittel der Erwerbung. 1.) Privilegia fisci.

Die Mittel, ein Staatsvermögen herbeyzuschaffen, können sehr mannigfaltig seyn. Bey den Römern gehörten besonders dahin eine Menge von Privilegien, welche dem Fiscus in Verhältnifs zu Privat-Personen beygelegt waren, so wie die Erhebung mannigfaltiger Zölle und Abgaben. Nur von den letzten kann hier das Nöthige erinnert werden; die Privilegien des Fiscus greifen in alle einzelnen Materien ein, und sind daher der Deutlichkeit wegen, theils schon beyläufig (in der Lehre von den Zinsen, der Gewähr des Eigenthums und der Mängel) angegeben, theils in der Folge gelegentlich zu bemerken [1.].

§. 297.

2.) Zölle und Steuern.

Unter Zoll (vectigal, Telonium) versteht man alles, was für den Ein- oder Ausgang von Personen, oder Sachen gezahlt werden mufs [1.]. Wird er für Personen gezahlt, so nennt man ihn Personen-Zoll (pedagium), und sofern er für die sichere Passage gezahlt wird Geleits-Zoll (guidagium); wird er hingegen für Sachen gezahlt, so heifst er Waaren-Zoll (portatorium) [2.]. Unter dem Ausdruck Steuern (tributa) hingegen begreift man alles, was von den Unterthanen als solchen, es sey nach den Köpfen, dem Reichthum, oder dem Besitz unbeweglicher Güter gezahlt werden mufs. Die Steuern können also dingliche oder persönliche seyn. Bey den Römern waren sie in der Regel das erste [3.], und zwar nach einem feststehenden Maafsstabe, doch wurden zuweilen auch aufserordentliche Steuern aufgelegt [4.].

(11. 65.) Tit. C. de fund. patrim. (11. 61.) Tit. C. de pascuis publ. (11. 60.) Tit. C. de greg. domin. (11. 75.) Tit. C. de palat. et dom. (11. 76.). Burmann c. 1. 2. 3. 4. 12.

[1.] Ein ziemlich vollständiges Register s. bey Lauterbach coll. theor. pr. L. 49. Tit. 14. §. 7—14.

[1.] L. 17. §. 1. de V. S. (50. 16.) L. 5. 6. 8. 9. C. de vectig. et commiss. (4. 61.). [2.] cap. 4. X. de cens. (3. 39.) cap. 26. X. de V. S. (5. 50.) cap. 4. de cens. in 6. (3. 20.). [3.] Tit. C. de annonis. et tribut. (10. 16.) Signonius de antiquo iure civium Romanor. L. 1. c. 16. [4.] Tit. C. de superindict. (10. 18).

§. 298.

Wer kann sie auflegen?

Das Recht, Zölle und Steuern einzuführen, steht nur der höchsten Gewalt im Staate zu [1.]. In Deutschland ist dieses Recht in Betreff der Territorial-Regenten auf mannigfaltige Weise beschränkt. Die Entwicklung der Grenzen dieser Beschränkung gehört aber in das deutsche Staatsrecht. Bey den Römern betrugen die Zölle gewöhnlich 8 Procent, daher der Name Octavarium [2.].

§. 299.

Erhebung der Zölle und Steuern, besonders der ersten durch Pachter.

Die Erhebung der Zölle und Steuern steht gleichfalls nur dem Regenten, oder den, von ihm hiezu besonders bestellten Personen zu. Bey den Römern kamen sie in der Regel erst durch die zweyte oder dritte Hand in die Casse des Fiscus [1.]. Die Zölle wurden häufig an gewisse Personen oder Compagnien (publicanos) verpachtet [2.], welche dann wieder andre als Gesellschafter annahmen, und ihre Einheber (magistros) und Auflaurer (stationarios) unter sich hatten [3.]. In der Regel wurden alle Personen, selbst Weiber, zu solchen Pachtungen gelassen [4.], nur nicht Soldaten, in Rückstand gebliebene Zollpächter, Staatsschuldner, welche keine Sicherheit leisten können, Vormünder vor abgelegter Rechnung, Haussöhne, und Juden [5.]. Zur Annahme einer solchen Pachtung wird aber im Ganzen Niemand gezwungen [6.].

§. 300.

Strafe des Betrugs der

Um der Betrügerey der Zöllner zu steuern, gestattete der Prätor eine vermischte Klage

[1.] L. 10. pr. de publican. (29. 4.) L. 3. C. vectigal. nov. (4. 62.). [2.] L. 7. 8. C. de vectigal. (4. 61.).

[1.] Tit. C. de exactor. tributor. (10. 19.) Tit. C. de executor. et exactor. (12. 61.). Tit. C. de susceptor. praepos. et aerar. (10. 70.) Tit. C. de quaestor. et magistr. offic. (12. 6.) Tit. C. de offic. comit. sacr. larg. (1. 35.) Burmann l. c. cap. 8. [2.] L. 13. §. 1. de publican. (39. 4.). [3.] L. 2. C. de curios. et stationar. (12. 23.). [4.] L. 47. de publican. (39. 4.). [5.] L. 9. §. 2. 3. eod. L. un. C. quib. ad cond. praed. fisci acced. non lic. (11. 72.). cap. pen. x. de iudaeis (5. 6.). [6.] L. 3. §. 6. de iure fisci (49. 14.) L. 4. C. de susceptor. (10. 70.) L. 11. §. ult. de publican. (39. 4.).

Erheber der Zölle. (§. 290.) aufs Doppelte im Fall eines widerrechtlich genommenen Zolls, wodurch jedoch, wenn die Erpressung zugleich ein andres Verbrechen enthielt, die gewöhnlichen Pönal-Klagen nicht ausgeschlossen waren [1.]. Diese ungenannte prätorische Klage kann zwar von den Erben [2.], aber nach Römischem Recht nicht gegen die unbereicherten Erben angestellt werden [3.], welches jetzt wegfällt (§. 293.), und zwar nicht blofs wegen eines Betrugs des Zöllners, sondern auch der Familie und Diener desselben [4.]. Gegen mehrere Zöllner geht sie zunächst nur pro rata, doch haften alle, und deren Bürgen, subsidiarisch wegen des Ganzen [5.]. Wird das widerrechtlich Erhobene vor angestellter Klage zurückgegeben, so erlischt diese [6.].

§. 301.

Strafe der Defraudation der Zölle. Alles zu verzollende mufs selbst im Fall einer besondern Befreyung, bey dem Ein-oder Ausgange der Behörde angezeigt werden. Geschieht diefs nicht, und zwar arglistig, so ist die Waare nebst dem Fahrzeuge der Zollstelle verfallen [1.], und kann von dem Defraudanten, und jedem dritten Besitzer, und insofern denn auch von den Erben vindicirt werden [2.]; wird es hingegen aus Versehen unterlassen, so ist der doppelte Zoll zu erlegen [3.]; geschah es aber ohne alle Schuld, so treten keine Strafen ein [4.]. Wird die verfallene Sache (commissum) arglistig vernichtet, so kann deren Werth gefordert werden [5.]. In einigen Fällen treten aber jene Strafen nicht ein, nämlich 1.) wenn die verwirkte Sache durch Zufall untergeht [6.], oder 2.) die Confiscation nicht innerhalb 5 Jahren gefordert ist [7.]; ferner 3.) wenn der Defraudant ein Unmündiger ist, und in 30 Tagen den

[1.] L. 1. pr. L. 3. L. 12. pr. de publican. (39. 4.). [2.] L. 13. §. ult. eod. [3.] L. 4. pr. L. 16. §. 13. eod. [4.] L. 1. pr. §. 5. L. 3. pr. L. 12. §. 1. 2. eod. [5.] L. 6. eod. L. 46. §. ult. de iure fisc. (49. 14.) L. 11. 13. ad municipal. (50. 1.). [6.] L. 1. L. 5. de publican. (4. 39.).

[1.] L. 8. L. 11. §. 2. L. 16. §. 11. de publican. (39. 4.). L. 4. §. 1. L. 16. §. 3. eod. [2.] L. 8. pr. L. 11. §. 3. L. 15. L. 14. eod. [3.] L. 16. §. 5. 10. eod. [4.] L. 4. §. 11. L. 16. §. 8. eod. [5.] L. 2. C. eod. (4. 61.). [6.] L. 2. C. cit. [7.] L. 2. C. cit.

Zoll nachzahlt oder 4.) ein Soldat oder Minderjähriger ohne Arglist [8.]. 5.) Wenn die Zöllner und deren Diener selbst zur Verheimlichung reitzten [9.]. Haben übrigens die Zöllner angegebene Sachen frey passiren lassen, so tragen sie den Schaden [10.].

§. 302.

Befreyung von Zöllen.

Gewisse Personen und Sachen sind nach gemeinem Recht von Waarenzöllen befreyt, doch fällt diefs Privilegium in dem Fall einer öffentlichen Bedrängnifs, oder wenn der Zoll eine Vergütung in sich begreift, wieder weg [1.]. Ausgenommen sind a.) der Fiscus [2.]; b.) alle zu den deutschen Reichs- und Kreis-Versammlungen, und zu den Reichsgerichten gehörenden Personen und deren Diener [3.]; c.) Geistliche [4.]; d.) Professoren, Doctoren und Studierende nach der, durch die Gesetze [5.] freylich wenig unterstützten Meynung der mehrsten Praktiker [6.]; e.) Auswärtige Gesandten in Rücksicht des Ausfuhr-, nicht des Einfuhrzolls [7.]; f.) alle zum eignen Gebrauch [8.]; oder g.) für Armeen bestimmte Sachen [9.]; h.) Waaren, welche der Nothwendigkeit wegen gelandet wurden [10.]. Häufig hält man auch noch i.) die auf Jahrmärkte gebrachten, oder darauf erhandelten Waaren für ausgenommen [11.]. Allein das Gesetz worauf man sich beruft [12.], sagt davon kein Wort [13.].

[8.] L. 3. C. eod. L. 9. §. pen. de minor. (4. 4.) L. 7. §. 1. L. 16. §. 9. de publican. (39. 4). [9.] L. 16. §. 6. eod. [10.] L. 16. §. 12. eod.

[1.] L. 7. C. de SS. eccl. (1. 5.) L. 17. C. de oper. publ. (8. 12.) L. 4. C. de priv. dom. (11. 74.) L. 4. 5. 10. 13. C. de annon. et trib. (10. 16.) Mevius P. 6. D. 127. [2.] L. 9. §. 8. de publican. (39. 4.). [3.] I. R. A. §. 155. W. C. §. 6. 24—31. [4.] cap. 4. de cens. in 6. (3. 20.). [5.] Auth. Habita C. ne fil. pro patre (4. 13.) L. 6. C. de vectigal. (4. 61.). [6.] Stryk U. M. L. 39. T. 4. §. 11. [7.] L. 8. C. de vectigal. (4. 61.). [8.] L. 5. C. eod. L. 4. §. 1. de publican. (39. 4.). [9.] L. 4. §. 1. L. 9. §. 7. eod. [10.] L. 15. L. 16. §. 8. eod. [11.] Klock de contr. cap. 3. n. 8. [12.] L. un. C. de nundin. (4. 60.). [13.] Müller ad Leyser Obs. 942.

§. 303.

Erhebung der Steuern. Die ausgeschriebenen Steuern müssen in der Regel von einem jeden gezahlt werden. Nur die Privat-Güter des Regenten sind von außerordentlichen [1.], und geistliche Güter von allen Grundsteuern ausgenommen [2.]. Der Betrug der Schuldner und Erheber wird auch hier gestraft [3.]. Privat-Verträge, wodurch die Grundsteuern verlegt werden, sind so null und nichtig, daſs nicht einmal unter den Contrahenten daraus Verbindlichkeiten entspringen [4.], doch kann allerdings auf eine, die Contrahenten unter sich bindende Weise der eine die Bezahlung der Steuern übernehmen, für welche der andre dem Fiscus verpflichtet bleibt [5.].

Dritter Theil.

Polizey-Recht.

§. 304.

Begriff. Der Begriff des Polizey-Rechts, worunter nach der Etymologie eigentlich das ganze Regierungsrecht verstanden werden sollte, aus welchem man aber nach und nach einzelne Theile unter einen besondern Namen, nämlich das Criminal-, Cameral- und Finanz- und Proceſs-Recht, herausgerissen hat, läſst sich eben deswegen nur negativ dahin definiren: es begreift alle denkbaren Arten der Regierungsgesetze mit Ausnahme der vorhin genannten.

[1.] L. 2. de collat. fund. patrim. (11. 73.) L. 1—5. C. de privil. dom. aug. (5. 74.). [2.] Auth. Item nulla commun. C. de episc. et cleric. (1. 6.) cap. 4. de cens. in 6. (3. 20.) Boehmer ius paroch. S. 5. c. 3. [5.] L. 2. 6. C. de censib. (11. 57) [4.] L. 1. C. sine cens. vel reliqu. (4. 47.) J. T. Richter de pact. quo quis fund. sine trib. hab. vel alienat. prohib. Lips. 1771. G. S. Madihn progr. de virtute convent. qua fundi vendit. tribut. in vend. transf. Trai. ad V. 1778. A. M. ist Carpzov P. 2. C. 31. D. 21. und zum Theil Cocceii I. C. L. 18. T. 1. qu. 16. [5.] L. 52. §. 2. de pact. (2. 14.).

§. 305.

Theile. Die Lehre von den deutschen gemeinen und particulairen Polizey-Gesetzen bleibt im Vortrage über die Pandekten ausgeschlossen. Nur das Römische Recht gehört hieher, doch müssen hier gleichfalls viele, theils antiquarische, theils in andre dogmatische Collegien eingreifende Materien wie z. B. die Gesetze über militairische und kirchliche Verfassung, über Schauspiele, Polizey-Vergehen, u. dgl. übergangen werden [1.]. Manches läſst sich bequemer im Privat-Recht gelegentlich anbringen. Was vor allen Dingen und hauptsächlich hieher gehört, ist die Lehre vor dem Schutz unter welchen der Staat die, eines Vorgesetzten bedürfenden Personen gestellt hat. Die Lehre von den väterlichen Gewalt und den Vormundschaften erschöpft alles dahin gehörende.

Erster Abschnitt.

Ueber die väterliche Gewalt.

§. 306.

Einleitung. Die Lehre von der väterlichen Gewalt erfordert die Beantwortung der drey Fragen: welches ist die Natur der väterlichen Gewalt, und welche Rechtsverhältnisse werden dadurch begründet? [1.]. Wie entsteht? und wie erlischt sie?

Erste Abtheilung.

Natur der väterlichen Gewalt und rechtliche Folgen derselben.

§. 307.

Begriff der väterlichen Gewalt. Die Römischen Gesetze sind von der Grund-Idee ausgegangen, daſs der Vater ein Imperium über seine Kinder habe d. h. daſs er mit

[1.] Einiges über die Polizey-Gesetze der Römer enthält B. L. F. Arnold D. de leg. Rom. quae politiam spectant usu hod. Goett. 1800.

[1.] S. überh. G. A. Enenkel Tr. de privil. paret. et lib. Tub. 1618. 4. P. Paschalis de viribus patr. potest. Uratisl. 1672. Fol. G. A. Renz D. mixtura iur. Rom. et germ. in mat. patr. potest. Tub. 1735.

seiner Familie in eben dem Verhältniſs, wie der Regent zum Bürger, stehe [1.], doch ist dieses Recht so mannigfaltig erweitert und beschränkt, daſs sich jetzt das Verhältniſs zwischen Vater und Sohn nicht mehr durch ein einfaches Merkmal charakterisiren läſst [2.]. Die Folgen desselben sind erschöpfend angegeben, wenn man die zwey Fragen beantwortet: welche Rechte begründet es zwischen Vater und Sohn? und in welchem Verhältniſs stehn beyde zu andern?

§. 308.

Eintheilung der Rechte des Vaters.

In Betreff der ersten Frage muſs man wieder die Rechte, welche Vater und Sohn als solche haben, von denen, welche nur eine Folge der bestehenden väterlichen Gewalt sind, wohl von einander unterscheiden. Jene pflegen die, nach deren Ideen die väterliche Gewalt schon im Naturrecht gegründet ist, die natürliche, diese die bürgerliche väterliche Gewalt zu nennen.

§. 309.

Arten der Kinder.

Die Rechte der ersten Art stehen zuweilen auch Eltern und Kindern zu, welche nie durch väterliche Gewalt verbunden waren. In dieser Hinsicht ist es vorläufig wichtig, die verschiedenen Arten der Kinder zu unterscheiden. Diese sind entweder 1.) legitimi, wenn sie aus einer wahren Ehe erzeugt sind, wohin man juristisch auch die, durch bürgerliche Institute (Legitimation und Adoption) in dasselbe Verhältniſs gebrachten Kinder zählen muſs. 2.) Illegitimi. Diese sind entweder a.) naturales, wenn sie aus den, bey den Römern tolerirten aber jetzt aufgehobenen Con-

[1.] Aus dem Eigenthum wird die väterliche Gewalt abgeleitet von Bynkershoek de iure occid. vendend. et expon. liber. ap. vet. Rom. (op. T. II.). Robert de Bynkershoekii eiusque contraria Gebaueri doctrin. de p. p. R. ant. Marb. 1782. Allein s. Gebauer Diss. II. de patr. potest. 1750. 1751. (Ex. T. 1.). I. C. Iensen de patr. Rom. potest. Kil. 1784. Robert kl. jur. Abh. S. 19—23. Günther de patr. vet. Rom. potest. ex iure dom. non repetend. Lips. 1786. [2.] L. 215. de V. S. (50. 16.).

cubinat [1.] erzeugt sind [2.], oder 6.) Spurii, wenn der Beyschlaf aufser der Ehe, aber mit keiner feilen Person, und zwar einer solchen, welche man damals hätte heyrathen können, c.) vulgo quaesiti, wenn er mit einer, sich mehreren Männern preis gebenden Person geschah [3.]. d.) adulterini, wenn die Kinder mit einer Ehebrecherin im Ehebruch; d.) incestuosi, wenn sie aus einer Blutschande gezeugt wurden. Die letzten werden auch ex coitu damnato progeniti genannt [4.]. Uebrigens ist es die höchste Willkühr, wenn die Praxis fast allgemein den Spuriis die Rechte der naturalium im Sinn der Römer beylegt [5.]; dafür lassen sich aber entscheidende Gründe anführen, dafs Kinder im Zweifel für legitime anzusehen sind [6.], und dafs man den Brautkindern in dem einen Fall, aber nicht weiter [7.], die Rechte ehelicher Kinder einräumen mufs, wenn die Widerspänstigkeit des, zur Ehe verurtheilten Vaters die Eingehung derselben hinderte [8.].

§. 310.

I.) Verhältnifs des Vaters zu den Kindern 1.) als Vaters, A.) Pflicht zu alimentiren.

Die erste Pflicht des Vaters ist, seinen ehelich gebohrnen, und den, unter seiner Gewalt befindlichen bürgerlichen Kindern den Unterhalt zu reichen, und zwar nicht blofs so weit es nöthig ist, ihnen das Leben zu fristen (alimenta naturalia), sondern ihrem Stande und seinem Vermögen gemäfs (alimenta civilia) [1.]. Nächst dem Vater ist die wohlhabende Mutter (und bey unehelichen Kindern vor allen dazu verbunden [2.], und dann folgen die

[1.] Tit. P. de concubin. (25. 7.) R. A. v. 1548. Tit. 25. v. J. 1577. Tit. 26. Thomasius D. de concubinatu. Hal. 1715. I. Z. Winkler de genuino concub. ex mente leg. Rom. conc. Lips. 1744. [2.] Tit. C. de nat. lib. (5. 27.) Nov. 89. [3.] L. 23. de stat. hom. (1. 5.). Vergl. Nov. 89. c. 15. mit Nov. 12. pr. cap. 1. [5.] Pufendorf T. 1. Obs. 89. T. II. Obs. 49. Struben 1. B. 48. Bed. [6.] Leyser Sp. 615. m. 9. A. M. ist Boehmer I. E. P. L. 5. T. 11. §. 11. [7.] A. M. war oft Praxis und Theorie Koch succ. ab intest. §. 27. Müller ad Leyser Obs. 82. [8.] Hagemann und Günther Archiv. 4. Thl. S. 177. fgg.

[1.] L. 4. 5. de agn. vel al. lib. (25. 3.) C. G. Eisenstuck quae iura in alend. et educand. lib. secund. statum natural. et civil. obtin. Lips. 1794. [2.] Nov. 117. cap. 7. Voet L. 25. T. 3.

legitimen väterlichen Ascendenten [3.], nächst diesen die mütterlichen ehelichen Ascendenten [4.], und sodann eheliche Geschwister und naturales im Sinn der Römer [5.]. Umgekehrt haben die Ascendenten, welche Alimente geben müssen, das Recht, sofern sie arm sind, von ihren Descendenten dergleichen zu fordern [6.]. Hierauf beruht denn auch die, den Verwandten eingeräumte Wohlthat der Competenz [7.]. Uebrigens nimmt man fast allgemein an, daſs Kinder, welche Alimente erhalten, dafür zu häuslichen Diensten verpflichtet sind [8.], und daſs der Alimentgeber verlangen kann, das Kind unter seinen Augen erziehen zu lassen [9.]. Das Recht, die Kinder auszusetzen, kann natürlich mit jenen Grundsätzen nicht bestehen [10.].

§. 311.

Fortsetzung. Die Pflicht der Väter zur Alimentation findet nach Römischem Recht nur in Betreff der legitimen Descendenten und Concubinen-Kinder Statt [1.]; nach Kanonischem Recht aber auch in Betreff der adulterinorum [2.]. Die Praxis hat durch einen analogischen Schluſs aus der letzten Bestimmung, und dadurch, daſs sie den Römischen Ausdruck: naturales miſsverstand, dem Vater überhaupt die Pflicht aufgelegt, unehelichen Kindern aller Art die natürlichen Alimente zu geben [3.]. Für die Behauptung vieler, daſs man von mütterlichen Ascendenten dasselbe verlangen könne [4.], gibt es um so weniger ei-

§. 6. 7. [3.] L. 5. §. 2. 5. L. penult. l. c. [4.] Nov. 117. c. 7. [5.] L. 13. §. 2. de admin. et peric. tut. (26. 7.) L. 1. §. 2. de tutel. et rat. distr. (27. 3.) L. 4. ubi pupill. educ. vel mor. (27. 2.) Nov. 89. c. 12. §. 6. Meine Versuche 1. B. n. 12. [6.] L. 5. §. 1. 2. 13. 17. h. t. (25. 3.) L. 5. C. de patr. potest. (8. 47.). [7.] Vergl. oben §. 88 — 90. [8.] Harprecht de operis lib. quas suis parent. deb. et praestant. Faber Err. pragm. D. 41. Er. 8. Struben 3. B. 49. Bed. [9.] I. G. Bauer de patre ad lib. qui bona habent alendor. oblig. §. 7 — 9. (op. T. 1. n. 4.). [10.] L. 4. h. t. (25. 3.).

[1.] L. 5. §. 1. sq. h. t. (25. 3.) Nov. 89. c. 12. 15. [2.] Cap. 5. X. de eo qui duxit. quam poll. (4. 7.). [3.] Carpzov P. 4. C. 27. D. 5. Stryk L. 25. T. 3. §. 2. [4.] Wernher P. 1. Obs. 134. Stryk l. c. §. 3. I. C. Rüdinger de avo paterno ad alimenta nepoti illegit. praestanda obligato.

nen Grund, da es Regel ist, daſs Niemand unter dem Verbrechen eines Dritten leiden darf [5.].

§. 312.

Anfang derselben.

Mit dem Augenblick des Bedürfnisses fängt die Verpflichtung zur Alimentation an. Daſs der Vater zur Alimentation des Kindes in den ersten 3 Jahren nichts herzugeben brauche, läſst sich nicht behaupten, sondern nur soviel, daſs wenn die Mutter das Kind solange säugt, die hiedurch ersparten Nahrungsmittel vom Vater nicht herbeyzuschaffen sind [1.].

§. 313.

Wegfallen derselben.

Die Verpflichtung, Kindern die Alimente zu geben fällt weg, a.) wenn sie sich von den Früchten ihrer eignen Sachen, oder ihrer Arbeiten selbst erhalten können [1.]. Haben Vater und Mutter in einer solchen Lage dennoch von dem Ihrigen die Alimente gegeben, so können sie es unter der Verwahrung thun, sie wiederfordern zu wollen. Unterlassen sie dieſs, so wird von ihrer Seite eine Schenkung vermuthet, nicht aber von andern Verwandten [2.]. Es versteht sich jedoch von selbst, daſs der, welcher Alimente geben muſste, sie nachher, wenn der Alimentar zu Vermögen kommt, nicht als freywilliger Geschäftsführer zurückfordern kann [3.]. b.) Wenn der Alimentar stirbt, oder c.) sich eines groben Verbrechens schuldig macht [4.]; doch pflegt man hier den Alimentar nur der bürgerlichen Alimente für verlustig zu erklären [5.]. d.) Wenn der, zur Alimentation Verpflichtete stirbt. Nur auf die Erben des Sohnes geht dessen Verbindlichkeit über, sofern der Vater sehr verarmt ist [6.].

[5.] G. L. Menken de avo patern. ad alimenta nepoti illegit. praest. non obligat. (in op.). Deswegen unterstützt denn auch L. 6. de collat. (37. 6.) die Meynung der Gegner nicht.

[1.] L. 9. C. de patr. pot. (8. 47.). Bauer l. c. §. 6.

[1.] L. 5. §. 7. h. t. (25. 3.) L. ult. §. 4. 5. C. de bon. quae lib. (6. 60.). Bauer l. c. §. 13. fgg. [2.] L. 34. 44. de negot. gest. (3. 5.) L. 11. C. eod. (2. 19.) L. 50. famil. hercisc. (10. 2.). Müller ad Leyser Obs. 583. [3.] L. 13. C. de neg. gest. (2. 19.). A. M. ist Hellfeld iur. for. §. 1290. [4.] L. 5. §. 11. h. t. (25. 3.). [5.] Voet eod. §. 18. Stryk eod. §. 7. [6.] L. 5. §. 1. 2. 13. 17. eod. L. 5. C. de patr. potest. (8. 47.).

§. 314.

B.) Recht auf Ehrfurcht.

Das Verhältnifs zwischen Vater und Kindern erzeugt ferner die Verbindlichkeiten der letzten, ihrem Vater eine besondere Ehrfurcht zu beweisen [1.]. Verbrechen gegen den Vater werden daher besonders hart bestraft [2.]; sie dürfen ihn in der Regel weder peinlich anklagen [3.], noch durch eine beschimpfende Klage in Anspruch nehmen [4.], und selbst da, wo sie klagen dürfen, den Vater nicht ohne Erlaubnifs vor Gericht ziehen [5.].

§. 315.

Rechte der Mutter.

Auf die bisher erwähnten Rechte des Vaters hat auch die Mutter Anspruch [1.], die folgenden Vorrechte der väterlichen Gewalt stehen aber nur allein Männern, niemals Weibern zu [2.]. Deutsche Statute haben freylich das mütterliche Ansehn häufig erweitert. Es läfst sich aber hier darüber nichts sagen, weil kein gemeines Deutsches Recht in dieser Materie vom Römischen abweicht.

§. 316.

2.) Folgen der väterlichen Gewalt. A.) Einheit der Person.

In Ansehung des Verhältnisses zwischen Vater und Sohn bewirkt die väterliche Gewalt, 1.) dafs beyde in privatrechtlicher Hinsicht [1.], mit Ausnahme der besondern Fälle, da der Sohn auch in diesem Betracht für selbstständig erklärt ist [2.], als Eine juristische Person angesehen werden [3.]. Folgen hievon sind A.) dafs zwi-

[1.] L. ult. de obsequ. patr. et par. (37. 15.). [2.] §. 6. I. de publ. iud. (4. 18.) L. 9. ad L. Pomp. de parricid. (48. 9.). [3.] L. 8. de accus. (48. 2.) L. 20. C. de his qui acc. non poss. (9. 1.). [4.] L. 11. §. 1. de accus. (48. 2.) L. 11. de dolo malo (4. 3.). [5.] L. 4. §. 1. L. ult. de in ius voc. (2. 4.).

[1.] L. 4. de curator. furios. (27. 10.). [2.] L. 4. de his qui sui vel al. iur. (1. 6.) §. 3. I. de patr. potest. (1. 9.) §. 10. I. de adopt. (1. 11.) L. 5. C. de patr. pot. (8. 47.). Noodt in Jul. Paul. cap. 7. Püttmann prob. c. 10.

[1.] L. 9. de his qui sui vel alien. iur. (1. 6.). Bynkershoek Obs. L. 1. C. 18. [2.] L. 8. de procurat. (3. 3.). [3.] L. ult. C. de impub. et alior. subst. (6. 26.). Alteserra de fict. iur. L. 1. c. 10. 15. Brunsig D. de unitat. pers.

schen beyden in der Regel keine bürgerlich vollgültige Verträge geschlossen werden können, so wie zwischen Geschwistern, welche das Band der väterlichen Gewalt vereinigt [4.]; jedoch convalesciren Schenkungen des Vaters rückwärts durch dessen Tod [5.], auch hat man in Deutschland, wo kein gemeines Recht von den Grundsätzen der Römer über die Einheit der Person abweicht [6.], sehr häufig eine Entlassung aus der väterlichen Gewalt für einzelne Fälle (emancipatio particularis) eingeführt, um jene strengen Grundsätze zu mildern [7.]. Eine fernere Folge ist, B.) dafs der Haussohn die väterliche Erbschaft als sui heres durch keine Handlung zu erwerben braucht [8.]; ferner, C.) dafs der Sohn nicht wider den Vater klagen kann, sofern ihm nicht die Gesetze wegen aufserordentlicher Umstände eine Klage gestatten [9.]; endlich D.) dafs keiner bey dem Testament des andern, oder bey dem Testament, worin der andre zum Erben eingesetzt werden soll, Zeuge seyn kann [10.].

§. 317.

B.) Erziehungsrechte.

Der Vater hat 2.) die Befugnifs für die Erziehung der Kinder zu sorgen, und sie in feiner Religion unterrichten zu lassen, doch dauert diefs Recht im Fall einer Religions-Ungleichheit der Aeltern nur bis zu den Unterscheidungsjahren der Kinder [1.]. Selbst über den Tod des Vaters hinaus äufsert sich dieser Schutz durch Vormundsernennungen und Pupillar-Substitutionen [2.]; auch kann man es als eine, freylich sehr ausgedehnte Folge hievon ansehen, dafs Kinder nicht ohne Einstimmung des Vaters heyrathen

quae iur. Rom. int. patremfam. et lib. interced. Goett. 1795. [4.] L. 11. C. de iudic. (3. 1.) L. 7. de O. et A. (44. 7.) L. 38. de cond. indebit. (12. 6.). G. van Eck D. de sept. LL. damnat. Pand. cap. 3. (Meermann Thes. Suppl. p. 577. fgg.). Cocceii I. C. L. 12. T. 6. qu. 6. Weber über die nat. Verb. §. 87. [5.] L. 25. C. de donat. int. vir. et ux. (5. 16). [6.] Medit. über versch. Rechtsm. 3. B. n. 132. [7.] Struben 2. B. 68. Bed. Müller ad Leyser Obs. 106. [8.] L. 7. §. 1. de acquir. vel omit. her. (29. 2.) §. 3. I. de her. quae ab int. (3. 1.). [9.] L. 92. de cond. et dem. (35. 1.) L. 5. de agnosc. vel al. lib. (25. 3.) cap. 11. X. de sponsal. (4. 1.). [10.] §. 9. 10. I. de testament. (2. 10.).

[1.] F. A. Dürr de potest. patr. circ. relig. liberor. Mog. 1755. Struben 1. B. 144. Bed. [2.] §. 3. I. de tutel. (1. 13.)

dürfen [3.]. Das Recht über Leben und Tod ist dem Vater ganz genommen. Nur wegen häuslicher Vergehen kann er die Kinder gelinden Disciplinar-Strafen unterwerfen, oder diese nach seinem Willen vom Magistrat vollstrecken lassen [4.] Bey öffentlichen Verbrechen ist natürlich die Gewalt des Richters ungebunden.

§. 318.

C.) Selbstnützige Rechte.

Dem Vater stehen 3.) vermöge seiner Gewalt mehrere selbstnützige Rechte gegen den Sohn zu. Das Recht, die Kinder zu verkaufen, fällt jetzt weg, einen einzigen Fall ausgenommen, wo jedoch die Kinder dennoch frey bleiben [1.]. Verpfändungen der Kinder finden daher auch nicht Statt [2.]. Nur in Betreff des Vermögens der Kinder, welches ursprünglich dem Vater unbedingt zufiel [3.], hat derselbe noch manche wichtige Vorrechte. Diefs führt denn auf die Lehre von den Sondergütern der Kinder [4.].

§. 319.

Von dem peculio des Sohnes.

Es gibt zwey Hauptarten der Peculien, nämlich das peculium militare, und paganum. Das erste theilt man wieder in castrense und quasi castrense; das zweyte in profectitium und adventitium. Das Adventitium zerfällt wieder in regulare und irregulare. Bey jeder Art kommt es erst auf den Begriff, und dann auf die rechtlichen Folgen an.

§. 320.

a) Castrense.

Was peculium castrense sey, läfst sich nicht definiren. Es gehören dahin a.) al-

Tit. I. de pup. subst. (2. 16.). [3.] pr. I. de nupt. (1. 10.). [4.] L. 3. L. ult. C. de patr. potest. (8. 47.).

[1.] L. 1. L. 2. C. de patr. qui fil. suos distr. (4. 43.). Huber Digr. L. 2. c. 5. Datt de vendit. liberor. (Meermann Thes. T. 2.). [2.] L. 5. quae res pign. vel hyp. (20. 3.). [3.] §. 1. I. per quas pers. cuique acqu. (2. 9.). [4.] Schriften. Ueber die Geschichte der Peculien: Galvan de usufr. c. 7. H. F. Schorch de orig. et divers. pecul. Erf. 1740. C. Rau hist. iur. civ de pecul. Lips. 1770. Dogmatische: W. A. Lauterbach D. ad Tit. D. de pecul. Carrach Differ. iur. Rom. et germ. in pecul. imprim. filiorfam. Hal. 1745.

le von Verwandten und Freunden dem, den Kriegsdienst anfangenden, geschenkten beweglichen Sachen [1.]; b.) alle durch den Kriegsdienst erworbenen beweglichen und unbeweglichen Sachen, wohin auch Geschenke und Erbschaften von Cameraden gehören [2.]; endlich c.) alles, was ein Soldat von seiner Frau als Erbe, nicht aber was er von ihr als Legatar erhält [3.]. Was ihm sonst geschenkt ist, wird nicht peculium castrense, selbst wenn er es unter dieser Bedingung erhalten haben sollte [4.].

§. 321.

Fortsetzung.

Der Sohn ist voller Eigenthümer des peculii castrensis [1.], und stellt in Rücksicht desselben eine selbstständige Person vor, so dafs er darüber mit dem Vater Verträge schliefsen kann [2.]. Das ehemalige Recht des Vaters, nach dem Tode des Sohnes diefs peculium zu occupiren [3.], fällt jetzt weg [4.]. Nur insofern hat der Vater Rechte daran, dafs es ihm bey einer Confiscation des Vermögens des Sohnes verbleibt [5.], dafs er einen Pflichttheil davon verlangen kann, wenn der Sohn nicht in der Lage ist, ein privilegirtes militairisches Testament machen zu können [6.], und dafs er da, wo der minderjährige Sohn eines Curators bedarf, diesen insofern vertritt [7.] Die Rechte des Sohnes hören auch nicht mit dessen Dienstentlassung [8.].

[1.] L. 1. C. de castrens. pec. (12. 37.). Retes de castrens. peculio. (Meermann Th. T. 6.). [2.] L. 1. cit. L. 11. D. eod. (49. 17.). [3.] L. 13. D. eod. Retes l. c. n. 10. [4.] L. 8. D. eod. L. 1. 4. C. l. c. Pauli Gent. rec. L. 2. T. 4. §. 3.

[1.] L. 15. §. 2. L. 18. §. 1. L. 19. §. 3. de castr. pec. (49. 17.) L. 17. de manumiss. (40. 1.) L. 98. §. 3. de solut. (46. 3.). A. M. s. Cuiac recit. ad Leg. 44. de legat. 1. Retes l. c. cap. 6. Vergl. noch überh. Maiansii Disp. L. 1. c. 15. Lynker D. de iurib. pec. militar. [2.] pr. I. quib. non est perm. fac. test. (2. 12.) L. 4. de iudic. (5. 1.) L. 15. §. 1. h. t. (49. 17.). [3.] L. ult. de castr. pec. (49. 17.). [4.] Nov. 118. Retes cap. 9. §. 8. Faber err. pragm. Dec. 33. Er. 5. [5.] L. 3. C. de bon. proscript. (9. 49.). [6.] Nov. 115. cap. 4. pr. Manche haben abweichende Ideen. Vergl. Retes cap. 3. n. 20. Stein von pflichtw. Test. §. 46. [7.] L. 7. C. de curator. furios. (5. 70.) L. ult. §. 2. C. de bon. quae lib. (6. 60.). [8.] pr. I. quib. non est perm. fac. test. (2. 12.).

oder durch Uebergang in die Gewalt eines andern auf [9.]; doch kann ein, mit Verlust der Ehre cassirter Soldat nicht über sein militairisches Peculium testiren [10.].

§. 322.

b.) Quasi castrense.

Gewisse Sachen, welche nicht unter die Rubrik der castrensium gehören, sind später denselben gleichgesetzt, als ob sie wirklich castrenses wären. Diese nennt man peculium quasi castrense. Dahin gehören a.) alle durch Ausübung eines öffentlichen Amtes erworbenen Sachen [1.], mithin, da Privilegien nicht analogisch auszudehnen sind, weder das, was man als Privat-Bedienter des Regenten [2.], noch das, was man durch Ausübung einer Wissenschaft erwirbt [3.], noch auch das, was man zum Behuf eines öffentlichen Amtes [4.], oder zum Behuf der Wissenschaften von Jemand erhalten hat [5.]. b.) Alles, was ein Geistlicher auf irgend eine Art erwirbt [6.], und c.) in Rücksicht des Dispositions-Rechtes alle, vom Regenten oder der Regentin einem Kinde geschenkten Sachen [7.]. In andern Rücksichten sind Sachen der letzten Art dem castrensi nicht gleich gesetzt, und werden also bey der Confiscation des Vermögens des Sohns dem Vater nicht gelassen [8.].

§. 323.

c.) Profectitium.

Alle übrigen Sachen heifsen, wenn sie aus dem Vermögen des Vaters auf die Kinder übergingen, wohin der Fall, wenn sie den Kindern nicht für

[9.] L. 4. §. ult. de castr. pecul. (49. 17.). [10.] L. 26. §. 1. de testam. milit. (29. 1.).

[1.] L. 7. C. de assessor. (1. 51.) L. un. C. de castr. omn. pal. pec. (12. 31.) L. ult. C. de inoff. test. (3. 28.) L. ult. C. de castr. pecul. (12. 37.). [2.] Lauterbach coll. L. 15. T. 1. §. 14. [3.] A. M. ist I. G. Bauer de pecul. quasi castr. stud. §. 11. sqq. (op. T. 1. n. 3.). [4.] A. M. ist Boehmer ius D. L. 15. T. 1. §. 6. 7. Allein s. Cocceii eod. Tit. qu. 1. [5.] A. M. sind viele wegen L. 50. fam. herc. (10. 2.). Allein s. I. F. Richter de sumt. stud. ad pec. quasi castr. non pertin. Lips. 1752. [6.] Nov. 123. c. 19. [7.] L. 7. C. de bon. quae lib. (6. 61.). [8.] Andre rechnen sie mit Höpfner Comm. §. 428. Hofacker princ. T. 1. §. 513. schlechthin zum castrensi, quasi castrensi, oder adventitio irregulari. Aber alles Unbedingte ist hier falsch.

den Vater, sondern blofs aus Liebe zu demselben gegeben wurden, offenbar nicht gerechnet werden kann, peculium profectitium [1.], wurden sie auf irgend eine andre Art von ihnen erworben peculium adventitium [2.]. Da der Begriff des adventitii negativ allgemein ist, so streitet dafür die Vermuthung [3.].

§. 324.

Fortsetzung.

Am peculio profectitio behält der Vater das Eigenthum, und alle Nutzungsrechte, und der Sohn hat daran blofs eine precaire Administration [1.]. Nur den Vortheil hat der Sohn, dafs es ihm verbleibt, wenn die Güter des Vaters confiscirt werden [2.], oder ihm bey der Emancipation dasselbe nicht genommen ist [3.].

§. 325.

d.) Adventitium ordinarium.

An dem peculio adventitio haben die Kinder die Proprietät, dem Vater stehen daran die Nutzungs- und Verwaltungsrechte zu [1.]. Jene können daher nur mit Einwilligung des letzten solche Sachen veräufsern, doch dürfen sie auf keinen Fall darüber testiren, weil kein neueres Gesetz ihnen diefs gestattet [2.]. Als Nutzniefser fallen dem Vater natürlich alle Früchte zu, aber nicht der Schatz [3.]. Dafür trägt er aber auch alle Lasten [4.], doch braucht er keine Sicherheit zu bestellen, und kein Inventar zu errichten [5.], wiewohl man ihm die Aufnahme einer Privat-Designation häufig zur Pflicht macht [6.]. Als Verwalter führt er alle die Adventitien betreffenden Processe, und darf

[1.] §. 1. I. per quas person. cuiqu. acq. (2. 9.) L. 6. C. de bon. quae lib. (6. 61.). A. M. sind Höpfner §. 429. Hofacker §. 570. [2.] L. 1. 2. C. de bon. mat. (6. 60.) L. 4. 6. C. de bon. quae lib. (6. 61.). [3.] Hofacker §. 571.

[1.] pr. I. quib. non est perm. fac. test. (2. 12.) L. 7. de donat. (39. 5.) L. ult. pr. de novat. (46. 2.). [2.] L. 31. §. 2. de donat. (39. 5.) §. 20. I. de legat. (2. 20.). [3.] L. 3. §. 4 de minor. (4. 4.).

[1.] L. 6. C. de bon. quae lib. (6. 61.). [2.] L. 8. §. 5. C. eod. L. 7. §. 4. de donat. int. V. et U. (24. 1.) L. 25. §. 1. de mort. causs. don. (39. 6.). [3.] arg. L. 7. §. 11. solut. matr. (24. 3.). [4.] L. 1. C. de bon. matern. (6. 60.). [5.] Wernher P. 7. Obs. 18. Leyser Sp. 164. M. 5. [6.] Wesenbecius P. 2. cons. 86. 91. Brunnemann ad L. 6. §. 2. de bon.

sie in gewissen Fällen veräufsern, jedoch beydes, falls nicht von seinem ausschliefslichen Rechte die Rede ist, mit Zustimmung des mündigen Sohnes [7.]. Die durch Eingehung einer zweyten Ehe zu Adventitien geworde-nen Sachen darf der Vater auf keinen Fall veräufsern [8.], die übrigen dagegen, und auch die mütterlichen Güter der Kinder [9.], in einigen, jedoch nur allein in den drey Fällen, wenn Erbschaftsschulden oder Legate davon zu zahlen, oder wenn sie dem Ganzen lästig sind, also nicht des Nutzens wegen [10.]. Er bedarf aber in diesen Fällen so wenig eines Decrets des Magistrats [11.], als wenig es nöthig ist, dafs er namentlich für die Kinder veräufsere [12.].

§. 326.

Fortsetzung.

Das Recht des Vaters an den Adventitien erlischt a.) durch den Tod des ohne erbfähige Descendenten gestorbenen Sohnes, nach welchem ihm jetzt nichts weiter, als Erbrechte mit den Brüdern übrig bleiben [1.]. Ferner b.) durch freywillige Emancipation, doch behält er dafür als Belohnung lebenslänglich die Hälfte des Niefsbrauchs [2.]. Man kann diefs aber nicht auf die Fälle einer gezwungenen Emancipation, oder da die Gewalt ohne Emancipation z. B. durch eignen Haushalt des Sohnes aufhört, ausdehnen [3.].

quae lib. [7.] L. 14. qui satisd. cog. (2. 8.) L. 8. §. 3. de bon. quae lib. (6. 61.). Vergl. mit L. 30. C. de episcop. aud. (1. 7.). A. L. Hombergk zu Vach de diverso iure patris in pecul. advent. pro divers. liber. aet. Marb. 1753. §. 11 — 13. [8.] Nov. 22. c. 24. [9.] A. M. ist Hommel Rhaps. Obs. 309. wegen L. 1. 2. C. de bon. mat. (6. 60.) L. 4. C. de bon. quae lib. (6. 61.), welche aber durch L. 8. C. eod. Kraft des ganzen Inhalts derselben, zu restringiren sind. I. M. Ranniger C. an et quat. pater. pecul. adv. liberor. alienar. poss. Goett. 1797. §. 18. [10.] L. 8. §. 5. C. de bon. quae lib. (6. 61.). Ranniger l. c. §. 15. 16. [11.] A. M. ist Ranniger l. c. §. 19. Allein L. 11. de reb. eor. (27. 9.) L. 3. C. de his qui ven. aetat. (2. 45.) gehören nicht für diesen Fall. Faber in C. L. 6. T. 34. Struben 2. B. 103. Bed. Wernher lect. c. L. 15. Tit. 1. §. 12. [12.] A. M. ist Ranniger l. c. §. 18. ohne Grund.

[1.] Nov. 118. cap. 2. hat hierin das ältere Recht aufgehoben. Höpfner Comm. §. 431. not. 2. S. auch unten §. 894. [2.] §. 2. I. per quas pers. cuique acq. (2. 9.) L. 6. §. 2. C. de bon. quae lib. (6. 60.). [3.] A. L. Hombergk zu Vach D. de bon.

Endlich c.) durch Verwüstung der Adventitien [4.]. In der Regel beraubt ihn diefs aber nur der Administration [5.]. Der Niefsbrauch geht blofs in dem einen Fall auf den Sohn über, wenn der Vater eine, dem Sohn zu restituirende Erbschaft untreu behandelt [6.].

§. 327.

e.) Adventitium extraordinarium.

Ausnahmsweise hat der Vater in einigen Fällen nicht den Niefsbrauch des adventitii. Dann nennt man es extraordinarium. Ist diefs, so haben die Kinder darüber alle Rechte des Eigenthümers, nur nicht auf den Todesfall [1.]; auch kann der Vater als Vormund ihre Stelle vertreten [2.]. Die hieher gehörigen Fälle sind: a.) der am Ende des vorigen §phen erwähnte Privations - Fall. b.) Wenn ein Sohn zugleich mit dem Vater als Intestat-Erbe seines Bruders etwas erwirbt [3.], oder c.) mit Widerspruch des Vaters [4.]. d.) Wenn er es unter der Bedingung erwarb, dafs der Vater daran keine Rechte haben solle [5.]. Von dem Pathengelde läfst sich vermöge der Natur desselben nicht behaupten, dafs es unter diese Rubrik gehöre, und es ist also im Zweifel adventitium ordinarium [6.]. e.) Wenn den Kindern zur Strafe des Vaters dessen Güter zufallen, weil er widerrechtlich die Ehe mit der Mutter aufhob [7.]. Noch rechnet man, f.) den Fall hieher, wenn der Vater den Kindern die Früchte der Adventitien schenkt, aber offenbar irrig [8.].

adv. liber. sui iur. restit. Marb. 1756. Müller ad Leyser Obs. 152. [4.] Wernher P. 2. Obs. 458. Brunnemann L. 15. T. 1. ad L. 4. [5.] L. 50. ad SCt. Trebell. (36. 1.). Höpfner Comm. §. 434. not. 4.

[1.] Höpfner §. 466. not. 4. [2.] Nov. 117. c. 1. §. 1. F. Heusinger de iur. pec. advent. extr. Isenac. 1751. [3.] Nov. 118. c. 2. [4.] L. ult. §. 1. C. de bon. quae lib. (6. 61.). [5.] Nov. 117. c. 1. [6.] Ueber die Meynungen andrer s. Brunnemann ad L. 1. de coll. n. 23. G. Radovic de pecun. lustrica. Rostock. 1776. I. G. Krausius de eod. arg. Nor. 1728. I. F. Ioachimi C. hist. iurid. de donis baptismalib. Hal. 1736. Müller ad Leyser Obs. 553. [7.] Nov. 134. c. 11. Umgekehrt drückt aus Versehen den Satz aus Hofacker §. 581. und nach ihm Malblank princ. iur. Rom. §. 513. [8.] L. 6. §. 2. C. de bon. quae lib. (6. 61.) beweifst nichts dafür. Meine Versuche 2. B. n. 12.

§. 328.

3.) Klagen zwischen Vater und Sohn.

Vater und Sohn können ihre gegenseitigen Ansprüche auf dem rechtlichen Wege gegen einander geltend machen. Man unterscheide hier zwey Fälle: entweder ist die Hauptfrage, nämlich ob der Vater wirklich Vater sey, und die väterliche Gewalt habe, unbestritten, oder nicht. In letztem Fall mufs der Haupt-Punkt durch Präjudicial-Klagen ausgemittelt werden. Im ersten hingegen kann der Vater Kraft seiner Gewalt seine Rechte selbst schützen, der Sohn hingegen mufs vermittelst einer Imploration richterliche Hülfe suchen [1.].

§. 329.

Actio de paternitate und filiatione.

Wird über den kindlichen Zustand gestritten, so stellt der Vater, je nachdem er ihn behauptet oder leugnet, die actio de paternitate affirmativa, oder negativa, der Sohn die actio de filiatione negativa oder affirmativa an. Auch können Fälle eintreten, dafs der Zustand gegen einen Dritten vertheidigt werden mufs. Hier gelten nun in Betreff des Beweises folgende Grundsätze: A.) Wer im Besitz des behaupteten Zustandes ist, braucht keinen Beweis zu führen [1.], und kann, wenn ihm Alimente gebühren, diese provisorisch verlangen [2.]. B.) Findet kein Besitz Statt, so müssen Vater und Sohn ihren Beweissatz gegen einander durch Beybringung solcher Thatumstände, woraus das Erzeugtseyn erhellet, darthun [3.], nur dürfen diese durch keinen Gegenbeweis wieder entkräftet werden, z. B. die Klage des natürlichen Sohns durch den Beweis, dafs seine Mutter damals mit mehreren zu thun gehabt habe [4.]. In Betreff der ehelichen Kinder

[1.] L. 92. de cond. et dem. (35. 1.) L. 5. de agnosc. vel al lib. (25. 3.) cap. 11. X. de sponsal. (4. 1.).

[1.] L. 41. pr. de lib. causs. (40. 12.) L. ult. C. de ord. cogn. (7. 19.). [2.] Pütter Rechtsf. 3. B. n. 248. 263. [3.] Auch durch Vermuthungen läfst sich ein solcher Beweis führen. Vergl. überh. L. 5. de his qui sui vel al. iur. (1. 6.) L. 5. de in ius voc. (2. 4.) Cap. 10. X. de probat. (2. 19.) F. I. Stock de probat. filiation. Ien. 1702. Menoch L. 6. Praes. 53. 54. Mascard de probat. Conc. 787. Leyser Sp. 98. m. 1. 5. Sp. 326. m. 7. Struben 3. B. 131. Bed. [4.] L. 5. §. 4. 8.

haben die Gesetze mehrere einstweilen beweisende Präsumtionen angenommen. Nämlich a.) wenn ein Kind 182 Tage nach eingegangener Ehe gebohren wird, so streitet die Vermuthung für, ward es vorher gebohren, so streitet sie wider dessen eheliche Geburt [5.]. Die erste Vermuthung kann weder durch Versicherungen der Mutter, noch durch den Beweis, daſs sie im Ehebruch gelebt habe, entkräftet werden [6.], wohl aber, wenn nicht der anticipirte Beyschlaf klar ist, durch die völlige Ausbildung [7.], so wie die letzte Vermuthung durch die Nichtlebensfähigkeit des Kindes [8.]. 6.) Wird das Kind nach getrennter Ehe innerhalb 10 Monathen gebohren, so streitet die Vermuthung für dessen eheliche Geburt. Kommt es nachher, also auch im Anfange des eilften Monaths zur Welt [9.], so ist nicht einmal ein, ohnehin physisch unmöglicher [10.], Gegenbeweis zuläſsig [11.]. Gab sich aber die Mutter in den ersten 10 Monathen mit einem andern Mann ab, so streitet dennoch die Vermuthung dafür, daſs das Kind von dem abgeschiedenen Mann erzeugt sey [12.]. c.) Ein Kind, welches im Testament eines Mannes Sohn genannt ist, hat einstweilen gegen jeden Dritten die Vermuthung für sich, daſs er ein eheliches Kind des Testators sey [13.]. Von der Mutter können übrigens natürlich gegen das Kind, und umgekehrt, völlig ähnliche actiones de maternitate affirmativa, negativa u. s. w. angestellt werden.

§. 330.

actio de patria potestate.

Ist bloſs Streit über die väterliche Gewalt, so können die actio de paternitate affirmativa oder negativa angestellt werden. Die Aufhe-

de agnosc. vel al. lib. (25. 3.). Carpzov iurp. eccl. L. 2. Def. 81. Leyser Sp. 522. m. 9. [5.] L. 12. de stat. hom. (1. 5.) L. 3. §. ult. de suis et legit. (38. 17.). [6.] L. 11. §. 9. ad Leg. Jul. de adult. (48. 5.) L. 29. §. 1. de probat. (22. 3.). Struben 1. B. 142. Bed. [7.] L. 11. C. de nat. lib. (5. 27.) Cocceii I. C. L. 1. T. 6. qu. 3. [8.] Ammann medic. critic. Resp. 4. [9.] A. M. sind manche wegen Nov. 39. c. 2. Allein s. Huber prael. L. 1. T. 5. §. 4. [10.] Haller ger. Arzw. 1. Thl. S. 117 — 134. Vogel et Harres D. de partu serotino valde dubio. Goett. 1767. [11.] L. 3. §. 11. de suis et legit. (38. 17.) A. M. sind Voet L. 1. T. 8. Leyser Sp. 15. m. 1. S. dawider Müller Obs. 79. [12.] arg. L. 11. §. 9. ad Leg. Jul. de adulter. (48. 5.). Mancherley abweichende Ideen s. bey Voet L. 1. T. 6. §. 4. Cocceii I. C. eod. qu. 5. [13.] Nov. 117. c. 2.

bung der väterlichen Gewalt ist hier das Factische, und also das zu Erweisende. Hat der Vater den Sohn lange als Familienvater leben lassen, so wird die Aufhebung der Gewalt vermuthet [1.], auch wird es dem Vater nie gestattet, die von ihm eingeräumte Entlassung als illegal anzufechten, sofern er sich selbst dabey inculpirt [2.].

§. 331.

II.) Im Verhältnifs zu einem Dritten. 1.) Rechte.

In Verhältnifs zu einem Dritten kann der Vater seine väterlichen Rechte durch dingliche und persönliche Klagen (vindicatio, interdictum de liberis exhibendis) schützen [1.]. Dagegen aber wird er auch in vielen Fällen durch die Handlungen des Sohnes, welchen er jedoch nicht mehr noxae caussa hingeben kann [2.], dritten Personen verpflichtet. Es ist hier der Ort, diese auf viele andre Materien Einflufs habenden Fälle anzugeben, wenn auch die bey dieser Gelegenheit aufzustellenden Grundsätze der Form nach schicklicher an eine andre Stelle versetzt werden könnten.

§. 332.

2.) Verbindlichkeiten. A.) des Sohnes.

Wenn der Sohn eine Verbindlichkeit contrahirt, so unterscheide man, 1.) er that es im Auftrage und für den Vater. Dann ist der Vater allein durch die gewöhnlichen Klagen zu belangen [1.]. 2.) Er contrahirte die Schuld, wenn auch nach vorgängigem Auftrage oder Befehl, nicht für den Vater. Dann findet gegen den Sohn selbst, aber nur wenn er als mündiger handelte, eine Klage Statt [2.], jedoch während der Gewalt nur auf die, der freyen Disposition desselben unterworfenen Sachen [3.], nach

[1.] L. 1. C. de patr. potest. (8. 47.) Meine Schr. über Bes. und Verj. 2. Thl. §. 61. [2.] L. 25. de adopt. (1. 7.).

[1.] L. 1. §. 2. de R. V. (6. 1.) L. 1. pr. §. 1. de lib. exhib. (43. 19.) L. 14. §. 13. L. 38. pr. de furt. (47. 2.). [2.] §. 7. I. de noxal. act. (4. 8.).

[1.] L. 4. C. quod. cum eo qui in al. pot. (4. 26.). [2.] L. 2. pr. D. eod. (14. 5.) §. 10. I. de inutil. stip. (3. 20.). S. jedoch Lauterbach coll. L. 26. T. 8. §. 5. [3.] arg. L. 39. de O. et A. (44. 7.) Cocceii L. 15. T. 1. qu. 1. Kleinschrodt D. de iure filiifam. disp. de pecul. c. 1. §. 9.

aufgehobener Gewalt schlechthin; indeſs muſs ihm dann nach §. 89. unter Umständen die Wohlthat der Competenz gelassen werden [4.]. Auch gegen den Vater finden die gleich zu nennenden actiones adiectitiae qualitatis (§. 53.) Statt, jedoch nicht unbedingt, sondern unter folgenden, bey jeder einzelnen Klage anzuführenden Bestimmungen.

§. 333.

B.) des Vaters. a.) Actio de peculio.

Wenn der Vater dem Sohn ein peculium profectitium gegeben hat, so kann er, ohne den Sohn speciell beauftragt zu haben [1.], durch die actio de peculio belangt werden, jedoch, Falls er nicht bereichert ist, und sich nicht in dolo befindet, nur so weit, als das peculium reicht [2.]. Die Verpflichtung muſs aber aus einem Vertrage, wovon in der Regel Schenkungen, und die, Namens des peculii castrensis vom Sohn contrahirten Schulden wieder ausgenommen sind, entstanden, oder in eine vertragsmäſsige verwandelt seyn [3.]. Auf die andern Arten der Peculien kann diese Klage nicht gerichtet werden, obgleich der Sohn selbst wegen der, nicht im Nieſsbrauch des Vaters befindlichen Güter selbst haftet [4.]. Seine eignen, selbst schlechten Forderungen kann der Vater unbedingt vorabziehen [5.]. Behält er das peculium nach aufgehobener väterlicher Gewalt, so findet die Klage, wenn sie nicht ohnehin kürzer würde gedauert haben, nur noch ein Jahr wider ihn Statt [6.]. Sonst konnte sie wegen des, ihm iure occupationis zufallenden peculii castrensis gleichfalls im ersten Jahr unbedingt gegen ihn gerichtet werden [7.]; allein jetzt kann man ihn deshalb nur als Erben in Anspruch nehmen [9.]. Utiliter wendet man jetzt die Klage auch auf

[4.] Den praktischen Gebrauch dieser Sätze hat die Willkühr oft bestritten. Vergl. Cocceii l. c. qu. 2. Stryk eod. Tit. §. 2. 3.

[1.] L. 5. pr. de pecul (15. 1.). [2.] L. 3. §. 12. L. 21. pr. L. 36. eod. [3.] L. 28. §. 2. de pact. (2. 14.) L. 7. pr. de donat. (39. 5.) L. 18. §. 5. de castr. pec. (49. 17.). [4.] Stryk L. 15. T. 1. §. 6. [5.] §. 3. I. quod cum eo qui in al. pot. (4. 7.). [6.] L. 1. §. 2. 7. L. 2. pr. de pecul. (15. 1.). [7.] L. 17. pr. de castr. pec. (49. 17.). [8.] Voet L. 15. T. 1. §. 5.

den Fall an, da Mönche von ihren Obern Peculien erhalten [9.].

§. 334.

b.) Actio tributoria. Hat der Vater dem Sohn erlaubt, mit Waaren, welche im peculio profectitio sind [1.], Handel zu treiben, so ist er verpflichtet, ohne seinen Forderungen einen Vorzug zu geben, diese Waaren nach Maaſsgabe der Güte der verschiedenen Ansprüche zu vertheilen. Ist dabey ein Versehen begangen, so muſs der Verletzte seine Entschädigung an dem suchen, welcher zu viel empfing; gründete sich aber die Begünstigung auf einer Arglist des Vaters, so kann er durch die actio tributoria wegen des Schadens in Anspruch genommen werden [2.]; auch kann man diese Klage wegen arglistig verweigerter Theilung anstellen [3.]. Gegen die Erben ging sie bey den Römern, als auf einem Verbrechen beruhend, nur so weit, als sie durch den Betrug bereichert waren [4.], welches jetzt wegfällt [5.].

§. 335.

c.) actio exercitoria und institoria. Noch wirksamer kann der Vater ausgeklagt werden, wenn der Sohn als Bevollmächtigter, oder Kraft eines Befehls desselben Verbindlichkeiten contrahirt hat. Im ersten Fall findet besonders die actio exercitoria und institoria, welche nachher auf jeden Auftrag des Vaters, und jeden Gewaltgeber ausgedehnt sind [1.], in diesem die actio quod iussu Statt.

[9.] Stryk l. c. §. 16.

[1.] L. 9. §. 1. de pec. (15. 1.) L. 1. §. 3. de trib. act. (14. 4.). [2.] §. 3. I. quod cum eo qui in al. pot. (4. 7.) L. 1. pr. L. 5. §. 6. 8. 17. 19. de tribut. act. (14. 4.). [3.] §. 3. I. cit. A. M. ist Huber ad Inst. L. 4. T. 7. §. 6. Otto ad §. 3. I. ibid. wegen L. 7. §. 2. de trib. act. (14. 4.). [4.] L. 7. §. ult. L. 9. §. 2. eod. [5.] Vermöge §. 293. A. M. sind Emminghaus ad Coccei L. 14. T. 4. qu. 2. Schmidt v. d. Klagen §. 1430. 32.

[1.] L. 10. §. 5. mandat. (17. 1.) L. 13. §. 25. de act E. V. (19. 1.).

§. 336.

Ueber die exercitoria.

Jeder, welcher ein eignes, oder fremdes Schiff zu Geschäften auf seine Rechnung braucht, heifst exercitor [1.], derjenige hingegen, dem die auf das Schiff, oder dessen Ladung sich beziehenden, nicht in bloſser Schiffsarbeit bestehenden Geschäfte übertragen sind, wird magister navis genannt [2.].

§. 337.

Fortsetzung.

Der magister erhält als solcher die Befugniſs, alle zur Vollführung des ihm übertragenen Geschäfts erforderlichen Verträge zu schlieſsen, auch kann er, selbst wenn es ihm verboten ist, sich einen andern substituiren [1.]. Hat er dann den Grenzen seines Mandats gemäſs gehandelt [2.], so wird der exercitor aus allen Verträgen desselben, der Gegenstand sey ein Geldanlehn, oder etwas anderes, dem Dritten vollkommen verpflichtet, selbst wenn der magister das Empfangene sollte verschleudert haben; in welchem letzten Fall aber das Anlehn namentlich für die Schiffsangelegenheiten gemacht seyn muſs [3.]. Wegen unerlaubter Handlungen des magister haftet der exercitor nur dann, wenn jener sie bey Ausübung seines Amtes beging [4.]. Nur dann ist er unbedingt dafür verantwortlich, wenn der Schaden im Schiff geschah, wie aber erst unten in der Lehre von den sogenannten Quasi-Delicten weiter gezeigt werden kann.

§. 338.

Fortsetzung.

Die Klage, welche von dem Dritten aus den Verträgen, oder den, bey Ausübung seines Amts begangenen Verbrechen des magister gegen den exercitor angestellt wird, heiſst actio exercitoria [1.]. Waren

[1.] L. 1. §. 15. de exerc. act. (14. 1.). [2.] L. 1. §. 2. 3. 13. 14. eod.

[1.] L. 1. §. 5. de exerc. act. (14. 1.). [2.] L. 1. §. 7. 12. eod. [3.] L. 1. §. 9. L. 7. pr. eod. [4.] L. 5. §. 8. L. 11. §. 4. de inst. act. (14. 3.) L. 5. §. 3. de dol. mal. except. (44. 4.) Carpzov P. 2. Dec. 133. Stryk L. 14. T. 1. §. 14. A. M. sind Cocceii L. 14. T. 3. qu. 4. Lauterbach coll. L. 39. T. 4. §. 31.

[1.] W. A. Lauterbach D. de exercitor. act. A. P. Frick

mehrere magistri da, so kann sie aus den Handlungen eines jeden angestellt werden, welcher in Beziehung auf die ihm übertragenen Geschäfte etwas vornahm [2.]. Gegen mehrere exercitores kann sie, unter Vorbehalt der Einrede der Theilung [3.], in solidum [4.], gegen die Erben aber nur auf ihre rata gerichtet werden [5.]; es sey denn, dafs gegen sie aus einer, nach Antretung der Erbschaft vom magister vorgenommenen Handlung geklagt wird [6.].

§. 339.

Fortsetzung.

So lange der magister im Amte bleibt, kann auch gegen ihn geklagt werden, jedoch natürlich wegen der, von ihm als Bevollmächtigten geschlossenen Verträge nicht als gegen einen Selbstschuldner, sondern nur dahin, dafs er dem Gläubiger vom exercitor Befriedigung verschaffe [1.]. Nach niedergelegtem Amte hat keine Klage gegen ihn Statt, falls er sich nicht selbst verpflichtete [2.].

§. 340.

Beschlufs.

Umgekehrt kann der exercitor aus den Verträgen des magister gegen den Dritten klagen, nach der Strenge des Rechts freylich nur als Cessionar, oder im Nothfall, da er vom magister keine Befriedigung erhalten kann [1.]; jetzt aber ohne weiteres unbedingt durch eine actio utilis [2.].

§. 341.

Ueber die institoria.

Ganz auf denselben Gründen beruht die actio institoria [1.]. Wenn nämlich ein Kaufmann seinen Sklaven, Sohn oder einen andern

D. de act. exercitoria. Helmst. 1793. [2.] L. 1. §. 13. 14. eod. [3.] S. oben §. 207. Lauterbach coll. L. 14. T. 3. §. 15. 22. [4.] L. 1. §. ult. L. 2. L. 3. eod. [5.] L. 14. de inst. act. (14. 3.) L. 6. C. fam. hercisc. (3. 36.). [6.] arg. L. 17. §. 2. vergl. mit L. 3. §. 3. commodat. (13. 6.).

[1.] L. 1. §. 17. eod. Struv synt. L. 14. T. 3. Th. 38. Cocceii eod. qu. 3. [2.] L. ult. de inst. act. (14. 3.).

[1.] L. 1. §. 18. de exerc. act. (14. 1.) L. 1. in f. L. 2. de inst. act. (14. 3.). [2.] L. 13. §. 25. de act. E. V. (19. 1.).

[1.] A. Eckolt de inst. act. Lips. 1764. R. del Manzano

freyen Menschen nicht blofs zur Expedition der Comtoirgeschäfte bestellt, sondern zu seinen Factor (institor) ernannt, d. h. ihm die eigentliche Direction der Handelsgeschäfte übertragen hat [2.]; so kann gegen den Kaufmann (praeponens) durch die actio institoria aus den Handlungen des Factors eben so geklagt werden, wie aus den Handlungen des Schiffers gegen den Schiffsherrn; auch sind die übrigen Verhältnisse im Ganzen gleich [3.].

§. 342.

Fortsetzung.

Es gibt jedoch einige Verschiedenheiten, aber nicht in der Ausdehnung, wie manche behaupten. Denn 1.) ist es falsch, wenn man sagt, der Factor dürfe sich ohne besondere Erlaubnifs Niemand substituiren. Nur das ist wahr, dafs er es nicht, wie der magister, wider ein Verbot thun darf [1.]. 2.) Läfst sich nicht behaupten, wenn es auch im Ganzen wahr ist [2.], dafs der Factor ohne besondere Erlaubnifs kein Geldanlehn machen dürfe. Denn offenbar leidet diefs eine Ausnahme, wenn das Handelsgeschäft seiner Natur nach ohne Geldverkehr nicht geführt werden kann [3.]. Ganz irrig ist es aber 3.) wenn manche meynen, der Kaufmann hafte nicht, wie der exercitor, in solidum, sondern nur so weit, als die Waaren reichen [4.].

§. 343.

d.) actio quod iussu.

Gleichfalls auf das Ganze kann der Vater durch die actio quod iussu belangt werden, wenn er dem Sohn in Betreff der eigenen Angelegenheiten desselben befohlen hat, eine Verbindlichkeit zu contrahiren [1.]. Man wendet diese

de inst. act. (Meermann Th. T. 7.). [2.] §. 2. I. quod cum eo qui in al. pot. (4. 7.) Leyser Sp. 161. m. 7. [3.] Tit. P. de inst. act. (14. 3.).

[1.] L. 1. §. 5. de exerc. act. (14. 1.) Leyser Vol. 9. Sp. 677. m. 15. [2.] L. 1. §. 8. L. 7. de exerc. act. (14. 1.) L. 13. 19. de inst. act. (14. 3.) L. 1. C. eod. (4. 25.). [3.] Struben 1. B. 59. Bed. Leyser Sp. 130. m. 6. Sp. 141. m. 5. [4.] §. 2. I. quod cum eo qui in alien. pot. (4. 7.) L. 5. §. 2. de inst. act. (14. 3.) A. M. ist Huber prael. L. 14. T. 3. §. 4. wegen L. 1. §. 20. de exerc. act. (14. 1.).

[1.] L. 5. pr. quod iussu (15. 4.) §. 2. I. quod cum eo qui in al.

Klage häufig jetzt auch auf andre Personen an, welche unter dem Befehl eines andern stehen [2.]. Dafs sie jetzt ganz wegfalle [3.], ist eine in allem Betracht unerweisliche Behauptung.

§. 344.

e.) actio de in rem verso.

Fallen alle diese Gründe weg, so kann der Vater dennoch durch die actio de in rem verso belangt werden, wenn der Gläubiger erweisen kann, dafs der Sohn das Geschäft direct zum Nutzen des Vaters geschlossen, oder das Erhaltene dazu angewandt habe. Man hat in der Folge diese, Anfangs nur gegen den Vater und Herrn gestattete Klage utiliter gegen jeden zugelassen [1.], und, da hier die Verbindlichkeit ohne Einwilligung entspringt, auch gegen den, welcher sich selbst willkührlich nicht verpflichten kann [2.].

§. 345.

Deren Natur.

Folgende Sätze entwickeln genau die Natur dieser Klage: 1.) Eine versio in rem kann Statt finden, entweder wenn das Anlehn des Sohnes in das Vermögen des Vaters kommt, oder demselben dadurch pflichtmäfsige Ausgaben erspart werden. Schwerlich läfst sich aber, (der Fall, da der Vater selbst in culpa war) unter die letzte Rubrik mit den mehrsten [1.] auch der Fall bringen, wenn der Sohn, nach Verschleuderung seines Wechsels von einem Dritten Gelder zum Studieren aufnimmt, weil er dann selbst keine Ansprüche an den Vater hat. 2.) Die Klage setzt nicht stets ein Namens des Vaters geschlossenes Geschäft, und nicht immer eine wirkliche Verwendung voraus, so wenig als sie durch die wirkliche Verwendung stets begründet wird. Man bemerke A.) nahm der Sohn etwas wirklich und namentlich zum Besten des Vaters auf, so haftet der Vater nicht, wenn der Sohn es durch eigne Schuld nicht verwandte, wohl aber wenn es ein Zufall hin-

pot. (4. 6.). [2.] Stryk L. 15. T. 4. §. 1. [3.] Wie Hellfeld iurispr. for. §. 919. meynt.

[1.] §. 4. I. quod cum eo qui in alien. pot. (4. 7.) L. 1. pr. de in rem. vers. (15. 3.). [2.] L. 3. §. 2. L. 10. §. 5. eod.

[1.] Donellus comm. L. 12. c. 26. Faber rational. ad L. 7.

derte [2.]. Nützlich aufgenommene Studier- und Legations-Kosten muſs er aber unbedingt bezahlen [3.]. B.) Contrahirte der Sohn nicht namentlich für den Vater, so muſs die Verwendung stets Statt finden, und nur so weit sie Statt fand, kann gegen den Vater geklagt werden [4.]. C.) Der Sohn muſs direct zum Nutzen des Vaters gehandelt haben. Nutzt er dem Vater durch das, was er für sich selber thut, so ist diese Klage (wohl die actio de peculio) nicht zulässig [5.]. 3.) Der Vater häftet nur, wenn der Sohn ihn von nützlichen Ausgaben befreyt, nicht aber wenn er ihm bloſs zum Vergnügen gereichende Kosten erspart [6.], ausgenommen, wenn Schicklichkeit und Anstand dergleichen erfordern [7.], oder der Vater selbst dazu etwas herzugeben pflegte [8.]. 4.) Gibt der Vater ohne Arglist dem Sohn zur Abfindung des Gläubigers das, was dieser fordern kann, und der Sohn verschleudert es, so findet dennoch die actio de in rem verso nicht weiter Statt [9.].

§. 346.

C.) Beschränkung durch das SCt. Macedonianum.

Die Verbindlichkeiten des Vaters und Sohnes aus den Verträgen des letzten sind unmittelbar zum Vortheil des ersten sehr durch das SCt. Macedonianum [1.] beschränkt, welches vorschreibt, daſs die Klage des Gläubigers, welcher ein Geldanlehn des Sohnes einfordre, durch eine Einrede des Vaters und Sohnes niedergeschlagen werden könne [2.]. Später hat man diese Vorschrift auf alle chicanös zur Umgehung derselben

§. 3. de in rem verso. Müller ad Struv L. 15. T. 3. §. ult. [2.] L. 3. §. 7 – 9. de in rem vers. (15. 3.). [3.] L. 7. §. 13. de SCt. Maced. (14. 6.) L. 5. C. eod. (4. 28.) L. 47. §. 1. de solut. (46. 3.) Müller ad Struv L. 14. Tit. 6. §. ult. A. M. ist Donellus L. 12. c. 27. [4.] L. 7. §. 12. de SCt. Mac. (14. 6.) L. 10. §. 4. h. t. (15. 3.). [5.] L. 7. §. 4. 5. L. 10. §. 7. 10. eod. Wernher lect. comm. eod. §. 3. [6.] L. 3. eod. [7.] L. 3. §. 4. 6. L. 4. §. 3. eod. [8.] L. 3. §. 3. eod. L. 7. §. 13. ad SCt. Maced. (14. 6.). [9.] L. 10. §. 6. h. t. (15. 3.).

[1.] I. A. Frommann de SCt. Mac. Tub. 1668. C. A. van Wachendorf de SCt. Mac. Trai. ad Rhen. 1730. B. H. Reinold ad SCt. Maced. Frkf. 1715. Hal. 1740. (op. p. 413.). Ueber die wichtige Frage: unde nomen? S. I. I. Scherz Diss. II. de Mac. SCti denominat. orig. Argent. 1732. 1734.
[2.] L. 1. pr. h. t. (14. 6.).

abgeschlossenen Verträge (contractus mohatrae) ausgedehnt [3.].

§. 347.

Natur der Beschränkung.

Das Recht des Gläubigers ist hiedurch nicht ganz vernichtet, sondern kann nur durch eine Einrede entkräftet werden [1.], welche auch allen für die Verbindlichkeit indercedirenden Personen zusteht [2.], und vom Sohn nach Römischem Recht bis zur Execution vorgeschützt werden kann [3.]. Der Sohn kann natürlich während der Gewalt dieser Einrede weder zu seinem, noch des Vaters Nachtheil, selbst nicht einmal eydlich entsagen [4.]. Zahlt er dennoch eigenmächtig von dem seiner Disposition nicht unterworfenen Vermögen, so kann der Vater das existirende Geld vindiciren, das consumirte durch die condictio sine caussa abfordern [5.]. Dem Sohn selbst ist aber die Zurückforderung versagt, er habe aus Irrthum gezahlt, oder nicht, und eben das gilt vom Vater, wenn dieser selbst wissentlich oder irrig, oder der Sohn aus Irrthum gezahlt hat [5.].

§. 348.

Ausnahmen von Seiten des Sohnes.

Die Exceptio SCti Macedoniani kann in mehreren Fällen ausnahmsweise nicht vorgeschützt werden, und zwar in einigen blofs vom Sohn nicht, in andern weder vom Vater, noch Sohn. Der letzte kann sich derselben nicht bedienen 1.) Wenn er seiner freyen Administration unterworfene Peculien besitzt [1.]; 2.) wenn er sich lügenhaft

[3.] L. 3. §. 3. L. 7. pr. §. 3. eod. Stryk cautel. contr. S. 2. c. 1. §. 31.

[1.] L. 1. L. 10. eod. Cocceii eod. qu. 7. Weber über die nat. Verb. §. 88. Dessen Beytr. zu der Lehre v. d. Klagen 1. St. n. 6. [2.] L. 9. §. 3. L. 7. eod. L. 11. de fideiuss. (46. 1.) A. M. ist Drechsler de except. SCti Maced. fideiussor. filiifam. deneganda. Alt. 1758. [3.] L. 11. h. t. (14. 6.) Müller ad Leyser Obs. 348. Ueber die heutige Anwendbarkeit s. unten §. 678. a. E. [4.] Struben 1. B. 156. Bed. Pufendorf T. II. Obs. 171. [5.] L. 3. §. 2. L. 9. §. 1. eod. Cocceii eod. qu. 13. [6.] L. 7. §. 15. eod. L. 14. de R. C. (12. 1.).

[1.] L. 1. §. ult. L. 2. eod. Voet eod. §. 4. Cocceii qu. 6.

für einen Hausvater ausgab [2.], und 3.) wenn er nach Entlassung aus der Gewalt, diese sey nun durch Emancipation, eine Würde, oder auf andre Art geschehen [3.], als Hausvater das Anlehn genehmigt [4.]. Als stillschweigende Genehmigung der ganzen Schuld, sofern er sich nämlich nicht durch Protestation dagegen verwahrt [5.], soll nach klarer Vorschrift der Gesetze die Zahlung eines Theils der Schuld angesehen werden; die Bestellung eines Pfandes aber nur die Schuld bis auf den Werth des Pfandes vollgültig machen [6.].

§. 349.

Von Seiten des Vaters und Sohns.

Von beyden Seiten fällt die Einrede weg 1.) wenn der Vater die Schuld ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt, wodurch sie rückwärts in allem Betracht vollgültig wird [1.]. Ferner 2.) wenn der Sohn zur Zeit des Contracts Soldat war, er mag geliehen haben, wozu er will [2.]. 3.) Wenn der Gläubiger gute Gründe hatte, ihn für einen Hausvater zu halten; doch schadet, wenn mehrere correi credendi da sind, die Wissenschaft des einen den andern [3.]. 4.) Wenn das Anlehn so verwendet ward, daſs es als versio in rem patris angesehen werden kann, welches aber noch nicht der Fall ist, so lange sich das Geld bloſs in der Hand des Sohnes befindet [4.]. 5.) Wenn der Anleiher unter Vormündern oder Curatoren steht. Willigten diese ein, so erhält er Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; that er es hingegen allein, so ist das Anlehn ungültig, und kann als solches zurückgefordert

[2.] L. 1. C. h. t. (4. 28.). [3.] L. 1. §. 3. h. t. (14. 6.) steht nach Nov. 81. dem nicht entgegen. Voet §. 2. [4.] L. 7. C. h. t. (4. 28.). Donellus comm. L. 12. c. 28. in med. [5.] Heisler iur Abh. 2. S. n. 6. §. 4. [6.] L. 7. §. 15. 16. L. 9. h. t. (14. 6.) Heisler a. a. O. P. F. Joppert de mutuo a filiofam. sui iur. fact. tacite agnito. Giess. 1771. §. 14. 15. Elsässer und Gmelin Beobacht. 1. B. n. 1.

[1.] L. 12. 16. h. t. (14. 6.) L. ult. C. eod. (4. 28.) Donellus comment. L. 12. c. 27. [2.] L. ult. §. 1. C. cit. Abweichend ist Struben 2. B. 125. Bed. Allein s. Meine Theorie d. logisch. Ausl. §. 18. [3.] L. 1. 2. C. l. c. L. 7. §. 7. D. eod. [4.] L. 7. §. 12. eod. vergl. mit L. 9. §. 2. eod. L. 3. §. 1. L. 5. §. 3. de in rem vers. (15. 3.) Donellus L. 12. c. 25. A. M. ist Voet h. t. §. 5. Cocceii h. t. qu. 9.

werden [5.]. Was Rechtens ist, wenn der Geber sowohl, als der Empfänger minderjährig war, folgt von selbst aus der schon (§. 100.) vorgetragenen Lehre von der Collision der Rechte; auch versteht es sich von selbst, daſs die Personen, welche jetzt analogisch die iura minorum haben, hier eben so, wie Minderjährige zu behandeln sind [6.].

Zweyte Abtheilung.

Ueber die Erwerbung der väterlichen Gewalt.

§. 350.

Vier Arten. Die väterliche Gewalt kann auf vierfache Weise erworben werden, nämlich durch Ehe, Legitimation, Adoption und Zurückziehung eines entlassenen undankbaren Kindes unter die väterliche Gewalt. Die letzte Art, welche keiner weiteren Auseinandersetzung bedarf, beruhet gewiſs auf eben den Gründen, warum von dem Beschenkten wegen Undankbarkeit das Geschenk zurückgefordert werden kann, und gibt also dem Vater nur ein persönliches Recht gegen den Sohn. Wenn daher die Gesetze [1.] sagen: wegen Undankbarkeit des Sohns solle die Emancipation rescindirt werden, so heiſst dieſs unleugbar nicht so viel, als: sie solle rückwärts auch in Ansehung des Dritten mit allen ihren Folgen null und nichtig werden.

Erstes Capitel.

Ueber die Ehe.

§. 351.

Ehe. Vollkommene, Unvollkommene. Unter Ehe [1.] im Allgemeinen versteht man eine, zwischen Personen ungleichen Geschlechts eingegangene, gesetzmäſsige Verbindung, wodurch beyde Theile das Recht auf

schwankend Malblank princ. §. 509. [5.] L. 3. pr. §. 1. 2. h. t. (14. 6.) Boehmer ius D. eod. §. 5. [6.] Voet h. t. §. 3.

[1.] L. un. C. de ingrat. lib. (8. 50).

[1.] Schriften: D'Avezan de sponsalib. et matrimon. (Meer-

einen vertrauten ausſchlieſslichen Umgang erhalten [2.]. In engerem Sinn versteht man aber darunter eine, die angegebenen Rechte ertheilende Verbindung, wodurch die Frau zugleich der Würde und des Ranges des Mannes theilhaftig, und das Kind der Gewalt seines Vaters unterworfen wird. In diesem Sinn ist denn dieselbe unterschieden, sowohl von dem oben [§. 309.) erwähnten Concubinat, als der in Deutschland unter erlauchten Personen gebräuchlichen Ehe zur linken Hand (ad morganaticam, ad legem salicam), wobey die Kinder gleichfalls der Mutter folgen [3.].

§. 352.

Hinzugefügtes Merkmal des Sacraments.

Das katholische Kirchenrecht hat zu dem Begriff der Ehe noch das wichtige Merkmal hinzugefügt, daſs dieselbe ein Sacrament, d. h. eine heilige und unauflösliche Verbindung sey, und aus diesem Grunde die Ehesachen der geistlichen Gesetzgebung und Gerichtsbarkeit unterworfen [1.]. Die Protestanten verlieſsen den Begriff des Sacraments, aber behielten häufig die Folgesätze bey [2.], so daſs, bey der Allmacht der Praxis, ohne eine neue Gesetzgebung an kein consequentes protestantisches Kirchenrecht zu denken seyn wird [3.].

mann Thes. T. 4.). H. Brower de iure connubior. Delph. 1714. 4. I. Gerhard Tr. de coniugio. Ed. nov. Tub. 1776. F. G. A. Lobethan Einl. zur theor. Eherechtsgelehrs. Hal. 1785. 8. A. L. Schott Einl. in das Eherecht. Nürnb. 1786. 8. I. A. Hofmann Handb. d. Eherechts der Deutschen. Jena 1789. 8. C. C. Dabelow Grunds. d. allg. Eherechts d. deutschen Christen. Hal. 1792. 8. [2.] L. 1. de rit. nupt. (23. 2.) §. 1. I. de patr. potest. (1. 9.). Ueber den Streit den Begriff der Ehe betreffend s. I. S. Stryk de matrimonii natura. Hal. 1708. Idem de fine matrim. Hal. 1728. C. F. Hommel de matrimonio sine proposito liberos procreandi valido. Lips. 1764. C. W. Robert über den Begriff der Ehe. Frkf. u. Leipz. 1787. Popp über Ehescheidungen. 4te Abhandl. I. B. Anthes Ged. vom Zweck der Ehe. Frkf. a. M. 1774. Fresenius Meditat. 2. B. n. 11. [3.] H. de Cocceii de lege morganatica. Frkf. 1695. D. Nettelbladt an et quat. matrimonium ad morganat. pacto tale licitum sit? Hal. 1748.

[1.] Conc. Trident. Sess. 24. de Sacramento. Sanchez de sancto matrimon. sacramento. Nor. 1706. [2.] S. Stryk de reliquiis sacram. in matrimon. Hal. 1706. Odelem de eod. arg. Brunsv. 1716. [3.] A. L. Schott de leg. connubial. earumque necessaria emendat. Erl. 1782.

Erste Unterabtheilung.

Ueber die Eingehung der Ehe.

§. 353.

Matrimonium ratum, legitimum.

Damit die Ehe gültig sey, muſs sie sowohl weltlichen als geistlichen Gesetzen gemäſs geschlossen werden. Ist sie bloſs den ersten gemäſs, so heiſst sie matrimonium legitimum, hingegen ratum, wenn sie bloſs mit den letzten übereinstimmt. Trifft beydes zusammen, so nennt man sie ratum et legitimum [1.].

§. 354.

Erfordernisse der Ehe. I.) Keine Ehehindernisse.

Zur vollgültigen Eingehung der Ehe gehört, daſs die Person überhaupt, oder mit dieser andern Person eine solche Verbindung eingehen könne, und daſs die Einwilligung auf die gehörige Art erklärt werde. Alles was der Gültigkeit einer zu schlieſsenden, oder geschlossenen Ehe im Wege steht, heiſst ein Ehehinderniſs (impedimentum), und dieses kann dann absolut, oder nur relativ in Ansehung dieser Contrahenten Statt finden [1.].

§. 355.

Wirkung derselben.

Nach allgemeinen Grundsätzen [1.], und der bestimmten Vorschrift Justinians [2.], sollte jedes Ehehinderniſs seiner Natur nach die eingegangene Ehe vernichten. Allein das Kanonische Recht, geleitet durch den Begriff des Sacraments, legt nicht allen diese Wirkung bey, sondern einigen bloſs die Kraft, die Eingehung der Ehe zu hindern, nicht aber die eingegangene Ehe zu vernichten. Die letzten werden dann aufschiebende (impedientia), die ersten vernichtende (dirimentia) genannt.

[1.] c. 17. C. 28. q. 1. cap. 7. X. de divort. (4. 19.).

[1.] Schweder Diss. de imped. matrim. (Diss. T. 1. n. 25.) I. C. Link Diss. de imped. matrimon. imped. Diss. de imped. matr. dirim. Arg. 1723.

[1.] L. 5. C. de LL. (1. 17.). [2.] §. ult. I. de nupt. (1. 10.).

§. 356.

Fortsetzung.

Bey Ehehindernissen, welche blofs zum Vortheil der contrahirenden Theile eingeführt sind, können diese blofs ihre Rechte geltend machen. Wo hingegen auf das gemeine Beste Rücksicht genommen ist, darf der Richter von Amtswegen eintreten. Ehehindernisse der ersten Art werden **privata**, der letzten **publica** genannt [1.].

§. 357.

1) Aufschiebende Hindernisse. A.) Verlöbnisse.

Unter die aufschiebenden Hindernisse gehört: A.) Nach Kanonischem Recht das, mit einer andern Person vorher gültig eingegangene Eheverlöbnifs [1.]. Wenn die Protestanten diefs beybehalten, so ist es eine offenbare Inconsequenz.

§. 358.

B.) Fehlender Consens des Vaters.

Eben diefs gilt B.) von der fehlenden Einwilligung des Vaters [1.]. Nach Römischem Recht mufs der Hausvater einwilligen, damit die Ehe nicht nichtig sey [2.], doch kann diefs auch stillschweigend geschehen [3.], so wie durch Ratihabition, welche rückwärts wirkt [4.]. Kann man wegen einer physischen Unmöglichkeit die Zustimmung des Vaters nicht erhalten, so ergänzt die Obrigkeit nach vorhergehender förmlicher Untersuchung die mangelnde Einwilligung [5.], und eben diefs ist der Fall, wenn der Vater ohne gerechten Grund seine Beystimmung verwei-

[1.] cap. ult. X. qui matrim. accusar. poss. (4. 18.) cap. 1. X. de sponsal. et matrim. (4. 1.).

[1.] c. 31. X. de sponsal. (4. 1.) c. 1. 3. X. de sponsa duor. (4. 4.). I. H. Boehmer I. E. P. L. 4. T. 3. §. 52.

[1.] I. G. Hennig über die Rechte und Befugnisse der Aeltern bey den Verh. ihrer Kinder. Wittenb. u. Zerbst. 1797. 8. Brower de iure connub. L. 1. c. 5. fgg. G. L. Boehmer de necess. parent. consens. in nupt. liber. (Elect. T. 1. n. 14.). [2.] L. 12. §. 1. de sponsal. (23. 1.) L. 2. 18. 22. de R. N. (23. 2.). [3.] L. 7. de sponsal. (23. 1.) L. 5. C. de nupt. (5. 4.). [4.] L. 25. C. de donat. int. V. et U. (5. 16.) L. 7. C. ad SCt. Maced. (4. 28.). G. L. Boehmer l. c. §. 21. 22. [5.] L. 25. C. de nupt. (5. 4.). Höpfner Comm. §. 112.

gert [6.]. Das Kanonische Recht erklärt aber den Widerspruch des Vaters nur für ein aufschiebendes Hindernifs [7.]. Die Protestanten sind häufig hiebey stehen geblieben [8.], jedoch ohne allen Grund [9.]. Dafs die Mütter und deren Ascendenten, oder die Väter nach der Emancipation bey uns gleichfalls einwilligen müssen, wird häufig behauptet [10.], aber durch kein gemeines Recht unterstützt [11.]. Particulaire Gesetze sind oft dafür, so wie für die Zustimmung andrer Personen z. B. der Curatoren, Gutsherrn, und Regiments-Chefs [12.].

§. 359.

C.) Geschlossene Zeiten und Trauerjahr.

Ein ferneres Hindernifs kann C.) in der Zeit liegen. In dieser Hinsicht haben wir zwey Vorschriften: a.) dafs die Ehe nicht innerhalb der geschlossenen, d. h. nicht in den Advents-Zeiten, und an Fast- Bet- und Bufstagen eingegangen werden [1.], und b.) dafs die Wittwe nicht innerhalb des Trauerjahrs heyrathen soll. Das Römische Recht verbietet das letzte unter Androhung mehrerer Strafen, worunter auch die Infamie ist [2.]; allein eine, freylich nur die Infamie nennende, aber auf einem allgemeinen Grunde beruhende Entscheidung des Kanonischen Rechts hebt durch ihren Geist alle jene Strafen auf [3.].

not. 6. [6.] L. 19. de rit. nupt. (23. 2.). I. C. Warnemünde de consens. parent. in nupt. liber. supplet. Francf. 1748. [7.] cap. 6. X. de raptor. (5. 17.) Conc. Trid. Sess. 24. de reform. matr. c. 1. [8.] Carpzov iur. cons. L. 2. Def. 60. G. L. Boehmer princ. iur. can. §. 369. [9.] I. H. Boehmer l. c. L. 4. T. 2. §. 22. T. 3. §. 51. [10.] Vergl. Hennig a. a. O. vierte Abth. [11.] L. 1. L. 20. C. de nupt. (5. 4.). [12.] Hofacker T. 1. §. 378. In Betreff der Curatoren läfst sich diefs jetzt selbst nach gemeinem Recht vertheidigen. S. unten §. 499.

[1.] c. 1. 8. 9. 10. C. 23. q. 4. cap. 4. X. de feriis (2. 9.) Conc. Trid. Sess. 24. de reform. matrim. c. 10. A. F. Schott D. sistens histor. legum eccles. de temporib. nupt. claus. Lips. 1774. [2.] L. 1. C. de secund. nupt. (5. 9.) Nov. 22. c. 22. [3.] cap. 4. 5. X. de secund. nupt. (4. 21.). Müller ad Leyser Obs. 529. A. M. ist I. F. Sarnighausen de poena concub. intra annum luct. privata per cap. 4. 5. X. cit. non abrogat. Goett. 1775.

§. 360.

D.) Gelübde der Keuschheit. Ein gleichfalls unter Umständen nur aufschiebendes Hindernifs ist D.) das Gelübde der Keuschheit. Ein feyerliches Gelübde dieser Art ist bey den Katholiken ein vernichtendes [1.], ein Privat-Gelübde aber nur ein verhinderndes [2.]. Bey den Protestanten hat das letzte gar keine Kraft [3.]; die, den Deutschen Rittern, Stiftsfrauen und männlichen Klostergliedern obliegende Pflicht, während ihres Standes nicht zu heyrathen, ist aber nur ein aufschiebendes Hindernifs [4.].

§. 361.

E.) Verbot des Richters. Nicht mehr Kraft haben E.) richterliche Verbote, die Ehe einzugehen [1.], falls nicht das, den Befehl erlassende Gericht bischöfliche Rechte haben, und die Eingehung der Ehe bey Strafe der Nichtigkeit verbieten sollte [2.].

§. 362.

F.) Aufgebot. Um aufschiebende Hindernisse zeitig zu entdecken, ist F.) das dreymalige Aufgebot (proclamatio), aber gleichfalls nur als aufschiebendes Hindernifs, angeordnet. Zeigen sich darauf Hindernisse, so wird bis zur ausgemachten Sache die Ehe aufgeschoben; ist aber diese nachher geschlossen, so fallen alle weitere Privat-Ansprüche weg [1.]. Die Vernachlässigung des Aufgebots wird aber doch mit arbitrairen

[1.] cap. 1. 2. X. qui cleric. vel voc. matr. (4. 6.). Conc. Trid. Sess. 24. de Reform. matrim. c. 6. 9. [2.] c. 4. 6. X. l. c. c. 2. 5. D. 27. c. 1. C. 20. qu. 3. c. 22. 26. C. 7. q. 1. [3.] W. F. Art. 5. §. 16. Boehmer I. E. P. L. 3. T. 3. §. 22. fgg. [4.] Augsb. Conf. Art. 27. Boehmer l. c. Tit. 34. §. 18. 21.

[1.] cap. 1. 2. 3. X. de matrim. contr. interdict. (3. 16.) cap. 3. X. de clandest. desp. (4. 3.). [2.] I. H. Boehmer l. c. L. 4. T. 16. §. 6. 7.

[1.] cap. 3. X. de cland. despons. (4. 3.) cap. ult. X. qui matr. acc. poss. (4. 18.) cap. 5. X. de bigam. non ordin. (1. 21.) cap. 7. X. de convers. coniug. (3. 32.) Conc. Trid. Sess. 24. de reform. matrim. cap. 1. I. H. Felz de proclamat. desponsator. Arg. 1709. I. P. Hahn de denunciat. ad praescript. Laterat. et Tri-

Strafen geahndet [2.], wenn man nicht Dispensation ausgewirkt hat.

§. 363.

3) Vernichtende Hindernisse. A) Körperliche Mängel.

Die vernichtenden Ehehindernisse liegen theils in dem Mangel der zur Erfüllung der ehelichen Pflichten erforderlichen Eigenschaften, theils in andern Ursachen. A.) Aus dem ersten Grunde sind unfähig a.) wegen Mangels des Alters alle Unmündigen [1.], wenn sich nicht bey ihnen früher die Fortpflanzungsfähigkeit einstellen sollte [2.]. Unter erlauchten Personen sind jedoch die Ehen der Kinder, unter Aussetzung der Consummation derselben gebräuchlich [3.]. Hohes Alter dagegen ist kein Hindernifs [4.]. b.) Castraten, und zwar unbedingt [5.]. In Rücksicht der Spadonen ist zu unterscheiden, ob sie auf immer unfähig sind, oder nicht. Im ersten Fall ist die Ehe gültig, wenn beyde Theile die Unfähigkeit zur Zeit der Eingehung der Ehe kannten [6.], oder nachher ihrem Recht entsagten, welche Entsagung aber offenbar aus einem dreymonathlichen Schweigen nicht gefolgert werden kann [7.]; ungültig hingegen ist sie, wenn die unbekannt gewesene völlige Impotenz durch eine ärztliche Untersuchung erwiesen ist [8.]; doch ist der, aus Irrthum unvermögend befundene Theil nach Aufklärung dieses Irrthums zur Fortsetzung der Ehe verbunden [9.]. Ein nicht sofort als unheilbar erscheinendes Unvermögen verpflichtet beyde Theile zu einer dreyjährigen Probe. Schlägt diese fehl, so erfolgt die Trennung der Ehe, und zwar nach vorgängiger Beschwörung des Unvermögens, entweder beyder Theile, wenn beyde Theile das Unvermögen zugeben, oder allein des Beschuldigenden, wenn der Beschuldigte es leugnet [10.]. Ein, nach Eingehung der Ehe ohne

dent. Mog. 1743. [2.] cap. 3. §. 1. X. de clandest. despons. (4. 3.). L. Menken de omissa proclam. sacerd. Lips. 1703.

[1.] pr. I. de nupt. (1. 10.) L. 4. de rit. nupt. (23. 2.) c. 8. 10. 11. X. de despons. impub. (4. 2.). [2.] c. 3. 14. X. l. c. [3.] F. a Wollzogen de connub. infant. inter illustres maxime frequentatis. Ien. 1724. [4.] Püttmann de nupt. senum. Hal. 1782. [5.] L. 39. §. 1. de iure dot. (23. 3.) Edict. Pii V. d. a. 1586. in Bullar. magn. T. 2. p. 634. Boehmer I. E. P. L. 4. T. 15. §. 10. fgg. A. M. ist Müller ad Leyser Obs. 523. [6.] cap. 4. 5. X. de frigid. (4. 15.). [7.] A. M. sind wegen cap. 1. 5. X. l. c. Wernher P. 3. Obs. 56. Hellfeld iurpr. for. §. 1261. [8.] cap. 1. 2. 3. X. l. c. [9.] cap. 1. 5. 6. X. l. c. [10.] c. 2. C. 33. q. 1.

Absicht entstehendes Unvermögen wird nicht weiter in Betracht gezogen [11.].

§. 364.

B.) Gleichzeitige, nicht aber nachfolgende Polygamie. Folgen der letzten.

Ein weiteres Hindernifs ist B.) das Verbot der gleichzeitigen Polygamie [1.] Die successive Polygamie ist erlaubt, doch treffen den zur zweyten Ehe schreitenden Gatten folgende, noch jetzt Statt findende [2.], Nachtheile. Nämlich a.) er verliert, unter Vorbehalt des lebenslänglichen Niefsbrauchs, die Proprietät alles dessen, was durch eine Liberalität des vorigen Ehegatten auf ihn gekommen ist, und diese Proprietät wird nach Erbfolgeordnung unter die Kinder erster Ehe gleich getheilt [3.]. Auf onerosen, und durch die Gesetze angewiesenen Erwerb ist diefs nicht zu erstrecken [4.]. b.) Wenn Mutter und Vater [5.] eine neue Ehe eingehen, so verlieren sie gleichfalls die Proprietät dessen, was sie als Intestat-Erben eines verstorbenen Kindes erster Ehe an solchen Sachen, welche das Kind von dem verstorbenen ersten Ehegatten erhielt, geerbt haben, und dürfen darüber zum Nachtheil der Kinder erster Ehe nichts verfügen; doch erhalten sie durch den Tod der letzten ihre vollen Rechte wieder [6.]. c.) Der aufs neue Verheyrathete darf dem zweyten Ehegatten auf keine Weise unter Lebenden, oder auf den Todesfall mehr schenken, als das am geringsten bedachte Kind erster Ehe von ihm er-

cap. 1. 5. 7. X. l. c. Wernher P. 2. Obs. 592. Boehmer l. c. §. 34. [11.] c. 25. C. 32. q. 7.

[1.] §. 6. I. de nupt. (1. 10.) L. 2. C. de incest. nupt. (5. 5.) L. 7. C. de Iud. et coelicol. (1. 12.). C. Thomasius de crimine bigam. Lips. 1658. Premontual Tr. de la monogamiè. à la Haye. 1751. 3. B. 8. Deutsch. Nürnb. 1754 8. I. Klein de praeferent. matrimon. in concurs. duor. Michaelis paral. contra polygam. (Comm. T. 2. n. 5.). [2.] Pufendorf T. 1. Obs. 23. A. M. ist Wernher lect. comm. L. 23. T. 1. §. 18. wegen cap. 4. 5. X. de secund. nupt. (4. 21.). Allein s. Müller ad Leyser Obs. 526. [3.] L. 3. §. 1. L. 5. C. de sec. nupt. (5. 9.) Nov. 22. c. 32. [4.] Voet L. 23. T. 2. §. 101. A. M. ist Pufendorf T. 1. Obs. 23. [5.] Vermöge einer von vielen z. B. Stryk de succ. ab intest. D. 12. c. 3. §. 13. vertheidigten Ausdehnung. A. M. ist Silberrad D. qua dominium hered. liberor. prior. matrim. ab intest. delatae patribus ad sec. nupt. transeunt, asseritur. Arg. 1757. [6.] L. 3. §. 1. C. de sec. nupt. (5. 9.) Nov. 22. c. 46.

hält [7.]. Der Ueberschufs fällt auf Verlangen allen Kindern erster Ehe gleichmäfsig zu [8.]. Was ein Gatte nach gesetzlicher Vorschrift erhielt, kann aber in jene Geschenke nicht eingerechnet werden [9.]. Uebrigens verlieren die Kinder erster Ehe dieses Recht weder durch Einwilligung in die zweyte Ehe [10.], noch durch ein Verbot des Schenkers [11.], noch dadurch, dafs der erste Ehegatte die zweyte Heyrath erlaubte [12.]; wohl aber durch Entsagung, wenn sie vom Schenker gültig enterbt werden, oder vor demselben sterben [13.]. d.) Die Mutter verliert die Vormundschaft der Kinder erster Ehe, und zwar auf immer [14.]; auch können e.) die Kinder gegen sie, als Vormunderinn, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erhalten [15.]. f.) Der Vater mufs den Kindern, wegen künftig auszuliefernder Legate, Caution bestellen [16.]. g.) Die Mutter kann die, den Kindern erster Ehe gemachten Geschenke nur sehr grober Undankbarkeit wegen zurückfordern [17.]. Endlich h.) wird durch die zweyte Ehe alles verwirkt, was der erste Ehegatte dem, zur zweyten Ehe schreitenden, unter der Bedingung, sich nicht wieder zu verheyrathen, gegeben hat [18.].

§. 365.

C.) Ehebruch.

Nach Römischem Recht ist C.) der mit einer Person begangene Ehebruch unbedingt ein Hindernifs der Ehe mit derselben [1.]. Das neuere Kanonische Recht läfst diefs nur blofs in den zwey Fällen zu, wenn der Ehebrecher dem wahren Ehegatten nach dem Leben gestanden, oder auf den Fall des Todes desselben dem Mitverbrecher die Ehe versprochen hat [2.].

§. 2. Voet l. c. §. 106. [7.] L. 6. C. de secund. nupt. (5. 9.) Nov. 22. c. 27. 28. G. L. Boehmer de restricta de bonis suis in favor. secundi coniug. dispon. facultate. Goett. 1768. (Elect. T. 2.). [8.] L. 6. C. cit. [9.] Voet l. c. §. 122. [10.] Pufendorf T. 1. Obs. 24. A. M. ist Faber in Cod. L. 4. T. 5. Def. 5. [11.] Voet l. c. §. 112. [12.] A. M. ist Leyser Sp. 300. M. 12. Allein s. Hofacker T. 1. §. 521. not. 2. [13.] L. 3. in f. C. de sec. nupt. (5. 9.) Nov. 22. c. 27. [14.] Nov. 22. c. 38. 40. Nov. 94. c. 3. Stryk D. de eventu c. 2. n. 85. [15.] L. 2. C. qui et advers. quos (2. 42.). [16.] Nov. 22. c. 41. [17.] L. 7. C. de revoc. donat. (8. 56.) Nov. 22. c. 35. [18.] Nov. 22. c. 43. 44.

[1.] L. 26. de R. N. (23. 2.) Nov. 134. c. 12. [2.] cap. 1. 3. 6. X. de eo qui dux. in matr. (4. 7.) cap. 1. X. de convers. infidel. (3. 33.).

§. 366.

D.) Entführung.

Eben so ist D.) die ältere Vorschrift, daſs der Entführer die Entführte nicht heyrathen dürfe [1.], jetzt in allen Fällen aufgehoben, wenn die Entführte auſser der Gewalt des Entführers zu der Ehe ihre freye Einwilligung gibt [2.].

§. 367.

E.) Staatsamt.

Die Vorschrift der Römer, daſs E.) ein Gouverneur der Provinz während seiner Amtsführung keine Provincialinn heyrathen dürfe [1.], kann jetzt, da das Object derselben zu existiren aufgehört hat, nicht mehr zur Anwendung gebracht werden [2.].

§. 368.

F.) Vormundschaft.

Eben dieſs behaupten viele F.) in Ansehung der Bestimmung des Römischen Rechts, daſs der Vormund bey Strafe der Infamie, und dessen Sohn die Pflegbefohlene nicht vor abgelegter Rechnung, und vor Ablauf der, den groſsjährig gewordenen zur Restitution gesetzten Zeit heyrathen dürfe [1.], weil man bey uns den Vormund als Rechnungsführer unter strengerer Aufsicht halte [2.]. Allein das bloſse Wegfallen des Grundes, wenn auch der angegebene wahr seyn sollte, kann hier juristisch die Disposition des Gesetzes nicht vernichten.

§. 369.

G.) Religion.

Wegen Religions-Ungleichheit ist G.) die Ehe zwischen Juden und Christen [1.], und nach Kanonischem Recht zwischen Katholiken und Ungläubigen verboten [2.]. Die letzte Vorschrift fällt jetzt

[1.] L. un. §. 1. C. de rapt. virg. (8. 13.). [2.] cap. 6. 7. X. de rapt. (5. 17.) Conc. Trid. Sess. 24. de reform. matr. c. 6.

[1.] L. 38. 57. 63. 65. de R. N. (23. 2.) L. 5. C. de nupt. (5. 4.). [2.] Schott Eher. §. 102.

[1.] L. 15. de sponsal. (23. 1.) L. 59. 60. 64. 66. 67. de R. N. (23. 2.). I. E. L. Püttmann progr. ad Orat. D. Marci de pupilla a tutore eiusve filio haud ducenda. Lips. 1783. [2.] Pufendorf T. 2. Obs. 94. G. L. Boehmer de querel. inoff. donat. fratr. §. 8. (Elect. T. 1.).

[1.] L. 6. C. de iudaeis (1. 12.). [2.] c. 15. 16. 17. C. 28. q. 1.

in Ansehung der in Deutschland aufgenommenen christlichen Glaubensgenossen weg [3.].

§. 370.

H.) Standesungleichheit.

Auch H.) wegen Ungleichheit des Standes waren bey den Römern manche Ehen verboten [1.], welches aber Justinian aufgehoben hat [2.]. In Deutschland gibt es aus demselben Grunde wider Mifsheyrathen mancherley particulaire Vorschriften; aus dem gemeinen Recht läfst sich aber nicht mehr darthun, als dafs die Ehe einer fürstlichen Person mit einer vom niedern Adel, oder Bürgerstande, nur Mifsheyrath ist, und blofs die Wirkungen einer morganatischen Ehe (§. 351.) mit sich führt [3.].

§. 371.

I.) Verwandschaft. a.) Blutsfreundschaft.

Am wichtigsten sind I.) die Eheverbote wegen Nähe der Verwandschaft, und was derselben gleichgesetzt ist [1.]. Folgende Regeln enthalten, mit Uebergehung der mannigfaltigen bestrittenen Fälle [2.], bestimmt alles hieher gehörige: I.) Unter wahren Blutsverwandten ist 1.) in der graden Linie nach Mosaischem Recht die Ehe zwischen Aeltern und Kindern und Enkeln verboten, welches aber, sehr natürlich, als ein ins Unendliche gehende Verbot behandelt wird [3.]. Das Römische verbietet sie durch alle Grade [4.]; eben so das Kanonische [5.]. Stehen 2.) die Verwandten in

cap. 14. de haeretic. in 6. (5. 2.). [3.] W. F. Art. 5. §. 34. I. W. Feuerlin de prohibit. matrim. cum infidelibus. Alt. 1755.

[1.] L. 43. 44. de R. N. (23. 2.). [2.] L. 25. L. ult. C. de nupt. (5. 4.) Nov. 89. c. 15. Nov. 117. c. 6. Heineccius ad L. Iul. et Pap. Popp. L. 2. c. 3. [3.] Vor allen Pütter über Mifsheyrathen teutscher Fürsten und Grafen. Götting. 1796. 8.

[1.] I. H. Boehmer I. E. P. L. 4. T. 14. I. R. Kugler de nupt. incest. Arg. 1771. C. C. Hofacker D. sistens histor. et ration. iuris incestum prohibent. Tub. 1787. Michaelis Mosaisches Recht. 2. T. §. 98. fgg. Abh. v. d. Ehegesetzen und verbotenen Ehen. Bütz. u. Wism. 1761. 8. K. A. M. Schlegel Darst. d. verbot. Grade d. Verwandschaft und Schwägerschaft bey Heyrathen. Hannov. 1802. 8. [2.] S. darüber Schott Eher. §. 129. [3.] III. B. Mos. 18. v. 7. 10. [4.] §. 1. de nupt. (1. 10.). [5.] c. 18. C. 35. q. 1. 2.

Seitenlinien, so verbietet das Mosaische Recht die Ehe zwischen Geschwistern [6.], und im Fall eines respectus parentelae (§. 215.) die Ehe mit der, unter dem gemeinschaftlichen Stammvater stehenden Frau [7.], welches viele [8.] aber ohne Grund [9.], auf den umgekehrten Fall ausdehnen. Das Römische verbietet da, wo ein respectus parentelae Statt findet, die Ehe unbedingt [10.], sonst nur im zweyten Grade, nicht weiter [11.]. Das Kanonische ist in Betreff des respectus parentelae gleichlautend [12.], verbietet aber in den übrigen Fällen die Ehe in den vier ersten Graden nach seiner Computation [13.]. Wie weit die protestantische Praxis hievon abgewichen sey, läſst sich nicht auf Regeln bringen [14.].

§. 372.

b.) Schwägerschaft.

II.) Unter Schwägern, und zwar A.) des ersten Grades (§. 218.) verbietet a.) in grader Linie das Mosaische Recht (welches hier zuweilen mit dem Verbot der Polygamie coincidirt, und nicht ohne Willkühr über die genannten Fälle ausgedehnt werden kann) bloſs die Ehe mit des Vaters Weib [1.], des lebenden Weibes Mutter [2.], mit der Schwiegertochter [3.], der Stieftochter und der Stiefenkelin [4.]. Das Römische und Kanonische verbieten sie ins Unendliche [5.]. b.) In der Seitenlinie verbietet das Mosaische die Ehe mit des Vaters Bruders Weibe [6.], mit des lebenden Weibes Schwester [7.], und mit des Bruders Weibe [8.]; doch muſs der überlebende Bruder die Frau des

[6.] III. B. Mos. 18. v. 9. 11. [7.] III. B. Mos. 18. v. 12. 13. [8.] Hofacker princ. T. 1. §. 362. [9.] Michaelis a. a. O. §. 117. [10.] §. 3. I. de nupt. (1. 10.). [11.] §. 2. 4. I. l. c. L. 54. de R. N. (23. 2.) L. 19. C. de nupt. (5. 4.). [12.] cap. 8. X. de consangu. et affin. (4. 14.). [13.] cap. 8. X. cit. [14.] Ueber das particulaire protest. K. R. vergl. Schlegel a. a. O. S. 250 — 526.

[1.] III. B. Mos. 18. v. 8. 1. Ep. an d. Corinth. 5. v. 1. [2.] III. B. Mos. Cap. 18. v. 17. Cap. 20. v. 14. V. B. Mos. 27. v. 23. [3.] III. B. Mos. 18. v. 12. [4.] a. a. O. v. 17. [5.] §. 6. I. de nupt. (1. 10.) cap. 8. X. de consang. et aff. (4. 14.) I. M. Lang de nupt. ob affinit. in lin. recta controversis. Alt. 1709. Bey den Römern ward der Concubinat hier auch als Ehe behandelt. L. 1. §. 3. de concub. (25. 7.) L. 4. C. de nupt. (4. 5.). [6.] a. a. O. v. 14. Cap. 20. v. 20. [7.] III. B. Mos. 18. v. 18. [8.] A. a. O. v. 16. Cap. 20.

verstorbenen heyrathen (Levirat-Ehe), wenn der letzte Kinderlos starb [9.]. Das Römische Recht beschränkt sich blofs auf die Entscheidung, dafs der Bruder des verstorbenen Bruders Frau nicht heyrathen dürfe [10.]. Das Kanonische dagegen verbietet bey rechtmäfsiger Schwägerschaft die Ehe unter Schwägern, wie unter Cognaten, also im Fall des respectus parentelae ins Unendliche, sonst bis in den vierten Grad; bey unrechtmäfsiger Schwägerschaft aber nur bis in den zweyten Grad [11.]. B.) In Betreff der folgenden Grade der Schwägerschaft hebt das Kanonische Recht alle seine ältern Verbote auf [12.]. Das Römische verbietet blofs die Ehe des Stiefvaters mit der Frau des Stiefsohns, und der Stiefmutter mit dem Mann ihrer Stieftochter [13.]; nicht aber in andern Fällen z. B. unter zugebrachten Kindern, mit der Tochter erster Ehe des Schwiegersohns u. s. w. [14.].

§. 373.

c.) Quasi-Affinität. III.) In einigen, unter den erweiterten Begriff der Kanonischen Affinität nicht gehörigen Fällen verbietet das Römische Recht unter gewissen Personen, nämlich der Braut mit des Bräutigams Vater, und des Sohnes mit des Vaters Braut die Ehe eben so, als ob sie Schwäger wären [1.]. Die neueren nennen diefs unschicklich ein Ehehindernifs wegen der Quasi-Affinität. Das ältere Kanonische Recht hat diese durch Verlobung entstehende sogenannte Verwandschaft sehr ausgedehnt [2.], das Tridentinische Concilium beschränkt sie aber wieder auf den ersten Grad der Kanonischen Computation [3.]. Die Protestanten folgen dem Römischen Recht [4.].

v. 21. [9.] V. B. Mos. 25. v. 5. 10. C. W. F. Walch de lege leviratus ad fratres non germanos referenda. Goett. 1765. [10.] L. 5. 8. 9. C. de incest. nupt. (5. 5.). [11.] cap. 1. 8. 9. X. de consang. et affin. (4. 14.) Concil. Trident. Sess. 24. de reform. matrim. c. 4. Manche lassen hier in der Seitenlinie den respectus parentelae gar nicht gelten. Hellfeld iur. for. §. 1213. [12.] cap. 8. X. l. c. [13.] L. 15. de R. N. (23. 2.). [14.] §. 8. I. de nupt. (1. 10.) L. 34. §. 2. de R. N. (23. 2.) L. 10. §. 14. de grad. et affin. (38. 10.).

[1.] L. 12. §. 1. 2. L. 14. §. ult. de R. N. (23. 2.). Eben so cap. un. de sponsal. in 6. (4. 1.). Concil. Trid. Sess. 24. de reform. matr. c. 3. [2.] c. 1. C. 27. q. 1. [3.] Conc. Trid. l. c. cap. 3. [4.] Boehmer I. E. P. L. 4. T. 14. §. 33.

§. 374.

d.) Bürgerliche Verwandschaft.

IV.) Die bürgerliche Verwandschaft welche aus Arrogation und voller Adoption entspringt, gibt dem angenommenen Kinde nur die Rechte eines Agnaten in Verhältnifs zu den Agnaten des Adoptiv-Vaters, doch dauert dieses Verhältnifs nur so lange, als die Adoption nicht aufgelöſst ist [1.]. Das Römische Recht hat diesen Begriff hier nicht überall durchgeführt. Denn 1.) verbietet es die Ehe des Adoptiv-Kindes mit dem Adoptiv-Vater, und den Agnaten des Adoptiv-Vaters in aufsteigender Linie, so wie mit den Agnaten jener, welche mit dem Adoptiv-Kinde in einem respectu parentelae stehen, auch nach getrennter Adoption [2.]. 2.) Untersagt es auf immer die Ehe mit der Frau des Adoptiv-Vaters, und die des letzten mit der Frau des Adoptiv-Sohns [3.]; so wie 3.) während der Adoption die Ehe des Adoptiv-Kindes mit der Mutter und Mutterschwester des Adoptiv-Vaters [4.]. Im übrigen enthält es keine weiteren Abweichungen. Das Adoptiv-Kind darf also zwar nicht während der Adoption, aber nachher, die Agnaten des Adoptiv-Vaters in absteigender Linie heyrathen [5.], unbedingt aber dessen sonstige Cognaten, z. B. die soror uterina und die Tochter der Tochter desselben [6.].

§. 375.

e.) Geistliche Verwandschaft.

V.) In Betreff der jetzt sogenannten geistlichen Verwandschaft (§. 214.) hat schon Justinian die Ehe des Empfängers aus der Taufe (susceptor, patrinus) mit dem Täufling verboten [1.]. Das Kanonische Reckt geht sowohl in Betreff der Taufe, als der Firmelung viel weiter [2.]. Das Tridentinische Concilium hat diefs dahin beschränkt, dafs nur zwischen dem Gevatter und Täufer an einem, und dem Täufling und dessen Aeltern am anderen Theil eine die Ehe verhindernde geistliche Verwandschaft Statt

[1.] §. 7. I. de adopt. (1. 11.) L. 6. 7. 23. eod. (1. 7.). [2.] §. 1. I. de nupt. (1. 10.) L. 17. §. 2. de R. N. (23. 2.). [3.] L. 14 pr. §. 1. L. 55. pr. eod. [4.] L. 55. §. 1. eod. [5.] L. 17. pr. eod. [6.] L. 12. §. 7. eod.

[1.] L. 26. C. de nupt. (5. 4.). [2.] c. 1. C. 30. q. 3. 4. cap.

finden solle [3.]. Von der, der Taufe analogen Firmelung gilt dasselbe. Die Protestanten befolgen nichts von diesen Vorschriften [4.].

§. 376.

II.) Gehörige Art der Eingehung.

Zur wirklichen Eingehung der Ehe gehört, daſs zuvörderst die Requisite eines Vertrages vorhanden sind [1.]. Beyde Theile müssen also a.) wirklich ihre Einwilligung erklären, und juristisch einer solchen fähig seyn [2.] b.) Was Verträge vernichtet, macht auch die Ehe ungültig, also ein Statt gehabter Zwang [3.], der dolus caussam dans eines Contrahenten und eines Dritten [4.], so wie ein wesentlicher Irrthum. Da das Object der Ehe etwas sehr complicirtes und moralischer Natur ist, so wäre es sehr zu wünschen, daſs die Gesetze selbst die Anwendung der allgemeinen Grundsätze (§. 127 — 29.) auf diesen Fall übernommen hätten. Allein wir finden nichts weiter, als die Entscheidung, daſs der Irrthum über die Person selbst, ihre Freyheit und Zeugungsfähigkeit ein vernichtender sey [5.], nicht aber der Irrthum über die Jungfrauschaft [6.], von welchem letzten man aber jetzt häufig abgeht [7.]. Ueber die schwierige Frage: welchen Einfluſs heimliche Krankheiten haben? ist nichts entschieden [8.], und eben so wenig über die häufig bejahete Frage: ob die Ehe nichtig sey, wenn man irrig eine infamirte Person heyrathe [9.]? durch Genehmigung des Gezwungenen, Betrogenen und Irrenden wird

1. 6. 7. X. de cognat. spir. (4. 11.). [3.] Conc. Trid. Sess. 24. de Reform. matrim. c. 2. 3. [4.] I. H. Boehmer I. E. P. L. 4. T. 11. §. 12. 14.

[1.] Ueberh.: B. Brissonius de ritu nupt. (in op. minor.) Fr. Hotomannus Disp. de ritu nupt. (in op. T. 1.). [2.] L. 16. §. 2. de R. N. (23. 2.) c. 26. C. 32. q. 7. cap. 24. X. de sponsal. (4. 1.). [3.] cap. 14. 15. 16. X. I. c. cap. 11. X. de despons. im. pub. (4. 2.). [4.] cap. 26. X. de sponsal. (4. 1.) A. Kaestner de matrimonio copula carn. et sacerdot. consumm. ob dol. adhib. annullando. Lips. 1727. [5.] c. un. C. 29. q. 1. cap. 4. X. de coniugio servor. (4. 9.) und oben §. 363. [6.] c. un. C. 29. q. 1. [7.] Carpzov iurp. consist. L. 2. T. 11. Dec. 193. C. H. Breuning quaest. an defectus virgin. declarationi nullitat. matrim. concedat locum? Lips. 1776. [8.] Tit. X. de coniug. lepros. (4. 8.). [9.] Schott §. 89. not. r.

übrigens die Nichtigkeit abgewandt [10.], jedoch mit der merkwürdigen Einschränkung, daſs der Betrüger selbst, wenn er will, auf die Nichtigkeit dringen kann [11.].

§. 377.

Bedingungen. Auch Bedingungen können bey Eingehung der Ehe Statt finden. Was a.) die aufschiebenden betrifft, so haben wir darüber kein Gesetz. Man muſs hier also die allgemeinen Grundsätze (§. 102 — 108.) anwenden, und durch eine solche Bedingung die Ehe bald als ganz vernichtet, bald als hinausgesetzt ansehen. Concumbiren im letzten Fall die Contrahenten vor Existenz der Bedingung, so ist diese eben dadurch erlassen [1.]. b.) Auflösende Bedingungen werden dagegen als nicht hinzugefügt angesehen, ausgenommen wenn sie dem einen Contrahenten etwas, dem wesentlichen Zweck der Ehe widerstreitendes zur Pflicht machen, in welchem (bey den Protestanten unmöglichen) Fall sie die Ehe sofort vernichten [2.].

§. 378.

Solennien. Gewissensehe. Die Ehe ist zugleich ein feyerlicher Vertrag, und erfordert auſser der vorhergehenden väterlichen Einwilligung und dem Aufgebot (§. 358. 362.) bey ihrer Abschlieſsung noch gewisse Formalitäten. Justinians Vorschriften [1.] sind jetzt antiquarisch. Bey den Katholiken müssen beyde Theile von Zeugen und dem competenten Pfarrer des Bräutigams, oder beyde Theile, oder einem dazu beauftragten Pfarrer ihre Einwilligung erklären [2.]. Die Protestanten haben Statt dessen die priesterliche Einsegnung des competenten Pfarrers angenommen [3.]. Die

[10.] cap. 6. 21. X. de sponsal. (4. 1.) cap. 2. X. de eo qui dux. in matr. (4. 7.) cap. 4. X. qui matr. accus. (4. 18.). [11.] cap. 26. X. de sponsal. (4. 1.) Boehmer I. E. P. L. 4. T. 1. §. 142.

[1.] arg. cap. 5. 6. X. de condit. appos. (4. 5.) [2.] cap. ult. X. eod. Boehmer l. c. L. 4. T. 5. §. 11.

[1.] Nov. 74. c. 4. Nov. 78. c. 3. Nov. 117. c. 4. 6. Jordens de legitimat. Diss. II. c. 3. §. 1 — 3. [2.] Conc. Trid. Sess. 24. de reform. matr. c. 1. A. M. ist Leyser Sp. 298. m. 10. allein s. Müller Obs. 515. [3.] I. F. Keyser origines

Trauung eines incompetenten Pfarrers wird jedoch nicht für ungültig gehalten [4.]. Andern Religions-Verwandten gestattet man ihre eignen Ceremonien [5.], und protestantischen erlauchten Personen die Eingehung der Ehe ohne alle Förmlichkeit, welche man dann Gewissensehe (matrimonium conscientiae) nennt [6.]. Uebrigens kann auch durch einen Bevollmächtigten die Ehe geschlossen werden [7.].

§. 379.

Sponsalia de praesenti et futuro.

Das ältere Kanonische Recht gestattet auch eine unfeyerliche Eingehung der Ehe durch simple Einwilligung, und nennt diese unschicklich Sponsalia de praesenti, und im Gegensatz davon das, was bloſses Verlöbniſs ist, sponsalia de futuro. Eine solche simple Einwilligung wird angenommen, entweder wenn sie wirklich erklärt ist, oder, vermöge einer unumstöſslichen juristischen Präsumtion, wenn unter bloſs verlobten Personen der Beyschlaf Statt gehabt hat [1.]. Nach dem Tridentinischen Concilio soll keine Ehe ohne die vorgedachten Feyerlichkeiten bestehen [2.]. Damit ist denn die ganze Lehre von den sponsalibus de praesenti, und alles, was daraus folgt, vernichtet [3.].

§. 380.

III.) Wirkung der Ehehindernisse. Putative Ehe.

Stehen der Ehe vernichtende Hindernisse im Wege, oder sind bey Eingehung derselben die angegebenen Erfordernisse nicht beobachtet, so ist sie schlechterdings null und

benedict. sacerdotalis Giess. 1735. [4.] G. L. Boehmer Pr. de copul. sac. a deposito clerico furtim impetrato iniusto favore. Goett. 1745. I. T. Carrach de matrim. ad benedict. sacerd. incompet. contract. Hal. 1747. [5.] c. 17. C. 28. q. 1. cap. 7. X. de divort. (4. 19.). [6.] H. G. Bauer de matrim. conscientiae. Lips. 1760. I. G. Schloer vindic. legitimor. natal. liberor. e matrim. S. R. I. principum comitumve A. C. addictorum solo mutuo consensu matrim. neglecta omni solenn. eccles. contractis, natorum. Mogunt. 1782. [7.] C. 9. de procur. in 6. (1. 19.).

[1.] cap. 22. 30. 31. X. de sponsal. (4. 1.). [2.] Conc. Trid. Sess. 24. de ref. matr. c. 1. [3.] Vor allen Boehmer I. E. P. L. 4. T. 1.

nichtig, bringt keine ehelichen Wirkungen hervor, und kann durch die Nichtigkeitsklage angefochten werden [1.]. Nur dann, wenn bey der Existenz eines vernichtenden Ehehindernisses ein Theil, oder beyde Theile in gutem Glauben waren, welches man eine vermeyntliche Ehe (matrimonium putativum) nennt [2.], findet eine Ausnahme dahin Statt, dafs der Irrende Theil alle Rechte eines wahren Ehegatten hat, und die Kinder als dessen legitime Kinder behandelt werden; doch mufs er sofort bey Aufklärung des Irrthums die bisherige Verbindung aufheben, oder Dispensation nachsuchen [3.]. Wird die letzte ertheilt, so halten Katholische Rechtslehrer eine neue Schliefsung der Ehe für nothwendig [4.].

§. 381.

Dispensation.

Die, aus vernichtenden Ehehindernissen entstehende Ungültigkeit der Ehe kann abgewandt werden, wenn vor Eingehung derselben die Partheyen sich Dispensation zu verschaffen wissen [1.]. Nur die höchste geistliche Gewalt kann von geistlichen, die weltliche von weltlichen Hindernissen dispensiren, und zwar müssen beyde concurriren, wenn die weltliche und geistliche Gesetzgebung zugleich Eheverbote enthalten [2.]. Bey den Katholiken dispensirt der Papst, mit Ausnahme der, den Bischöfen übertragenen Fälle [3.], bey den Protestanten der weltliche Regent, oder das Consistorium, welches unter einem Regenten einer andern Religion steht, und die ganze geist-

[1.] Schmidt Lehrb. v. d. Klagen und Einr. §. 321—325. Bey den Protestanten ist hier wieder viel Willkühr. Boehmer I. E. P. L. 4. T. 14. §. 45. [2.] Hert de matrim. putativo (op. Vol. 1. T. 1. n. 7.) E. C. Westphal de veris casib. matrim. putat. Hal. 1758. G. Mascov de matr. put. (op. n. 8.) I. H. Boehmer I. E. P. L. 4. T. 17. §. 34. sqq. [3.] L. 57. §. 1. de R. N. (23. 2.) L. 4. C. de incest. nupt. (5. 5.) cap. 8. 11. 14. X. qui fil. sint legit. (4. 17.) cap. 9. X. de sponsal. (4. 1.) Mascov a. a. O. A. M. ist Hert l. c. §. 37. [4.] Schott §. 137. not. 1. Boehmer I. E. P. L. 4. T. 14. §. 43.

[1.] I. I. Schoepfer D. de dispensat. matrimoniali. Rost. 1718. [2.] Schott §. 135. [3.] Riegger inst. iur. eccl. §. 137. M. Kreslinger D. sistens. theor. et prax. impetrandi dispensat. quoad impedim. matr. in curia Roman. quam epis-

liche Gerichtsbarkeit erhalten hat [4.]. Sind die Partheyen verschiedener Religion, so muſs jede ihre geistliche Obrigkeit angehen [5.]. Von welchen Hindernissen übrigens Dispensation ertheilt werden könne? ist sehr streitig. Daſs sie gegen menschliche Gesetze unbedingt erlaubt sey, ist ausgemacht. In Betreff der Mosaischen Eheverbote läſst das katholische Kirchenrecht die Dispensabilität zu, ohne jedoch in der Praxis sehr liberal zu seyn. [6.]. Die Protestanten dagegen sind desto uneiniger. Verschiedene halten hier die Dispensation für unbedingt erlaubt [7.], andre nur in den, durch Moses nicht namentlich ausgedrückten Fällen [8.], und noch andre wenigstens in den Fällen, da, wie man sich etwa ausdrückt, das Mosaische Verbot keine natürliche Schändlichkeit verhindern soll [9.]. Im Grunde ist die Frage, bey der bürgerlichen Gewalt des Regenten, nur moralisch, und man sollte juristisch der Willkühr desselben alles überlassen, wenn es auch christlich sehr schwer seyn möchte, den Buchstaben zu erweitern oder zu beschränken.

§. 382.

IV.) Ueber Sponsalien.

Der Schlieſsung der Ehe pflegt ein Vertrag vorherzugehen, wodurch sich beyde Theile zur künftigen Eingehung der Ehe verpflichten. Dieser heiſst Verlöbniſs (sponsalia, sponsalia de futuro), und unterscheidet sich als vorbereitender Vertrag wesentlich von dem Ehevertrage [1.].

copal. Engolst. 1710. [4.] I. H. Boehmer de sublimi princ. ac stat. Imp. dispens. iure in causs. tam sacr. quam profanis. Hal. 1722. Ayrer de iure dispens. circa connub. Goett. 1772. G. L. Boehmer princ. iur. canon. §. 399. [5.] Schott §. 134. not. 3. [6.] Conc. Trid. Sess. 24. de Reform. matr. c. 3. 5. [7.] Dabelow Eher. §. 78. [8.] G. L. Boehmer l. c. §. 398. [9.] Michaelis Mos. R. 2. Thl. §. 101. 102. 115. Bedenk. über die Fr. ob die Ehe mit des Bruders Wittwe erlaubt sey? Gött. 1752. 8. E. L. Nitsch Vers. über die Ungült. des Mosaischen Gesetzes und den Rechtsgrund der Eheverbote. Witteb. u. Zerbst. 1800. 8. S. 96. fgg. Schlegel a. a. O. S. 111 — 130.

[1.] L. 1. de sponsal. (23. 1.) c. 3. C. 30. q. 5. cap. 2. X. de sponsal. (4. 1.) Brower de iure connub. L. 1. G. R. Koeselisius sponsalia a variis doctor. erroribus vindicata. Lips. 1732. D' Avezan Tr. de sponsalibus (in Meermann Thes. T. 4.).

§. 383.

Wer kann sie schliefsen?

Personen, welche keine Ehe mit einander eingehen können, es sey überhaupt, oder unter gewissen Beschränkungen, können auch überhaupt kein Verlöbnifs schliefsen, oder nur unter den gesetzten Beschränkungen; und alle, nicht namentlich auf die Ehe allein bezogenen aufschiebenden und vernichtenden Ehehindernisse (wie das Aufgebot) machen das eingegangene Verlöbnifs völlig ungültig [1.]. Sind indefs Ehehindernisse von der Art, dafs sie nur für eine gewisse Zeit gelten, so steht dem Verlöbnifs nichts im Wege, wenn nur die Eingehung der Ehe über jene Zeit hinausgesetzt wird [2.]; doch macht das §. 368. erwähnte Verbot eine Ausnahme [3.]. Auch ist hier die Abweichung, dafs Unmündige, welche die Kindheit zurückgelegt, sich mit Einwilligung ihrer Vorgesetzten verloben, jedoch aber nach erlangter Mündigkeit willkührlich davon abgehen können, es sey denn, dafs ein Beyschlaf Statt gehabt hätte [4.]. Nach Aufhebung der sponsal. de praesenti sollte man die letzte Einschränkung ganz fallen lassen [5.], so wie die unjuristische Behauptung, dafs ein, wegen mangelnder Einwilligung des Vaters nichtiges Verlöbnifs durch den Beyschlaf gültig werde [6.].

§. 384.

Wie sind sie zu schliefsen?

In Ansehung der Art der Eingehung stehen die Verlöbnisse nach gemeinem Rechte ganz unter den allgemeinen Grundsätzen von Verträgen, und können daher sowohl in eigner Person, als durch einen Bevollmächtigten, mündlich oder in Briefen, ausdrücklich oder stillschweigend geschlossen werden [1.], welches letzte aber auch hier concludente

[1.] L. 60. §. 5. de R. N. (23. 2.) L. 8. de sponsal. (23. 1.) cap. 25. X. de iureiur. (2. 24.) L. 7. 12. 14. 20. C. de nupt. (5. 4.) C. 1. 3. 4. C. 30. qu. 5. [2.] L. 10. §. 1. de his qui not. infam. (3. 2.). I. E. L. Püttmann de sponsal. intra tempus luctus initis. Lips. 1774. [3.] L. 60. §. 5. de R. N. (23. 2.). [4.] c. 4. 5. 7. 8. X. de despons. impub. (4. 2.) cap. un. eod. in 6. (4. 2.) cap. 29. X. de sponsal. (4. 1.). [5.] Schott §. 146. not. 2. [6.] Dabelow §. 98.

[1.] L. ult. de sponsal. (23. 1.) L. 54. de R. N. (23. 2.) cap. 7. 23. 25. X. de sponsal. (4. 1.) cap. ult. de procur. in 6. (1. 19.).

Handlungen voraussetzt, wohin ein Kuſs, oder die bloſse Uebergabe eines Ringes nicht mit vielen gerechnet werden kann [2.]. Furcht, Betrug und Irrthum wirken hier eben so, wie bey der Ehe [3.]. Auch in Betreff bedingter Verlöbnisse finden sich keine von allgemeinen Grundsätzen abweichende Bestimmungen, die einzige abgerechnet, daſs dem Zweck der Ehe widerstreitende, für die Ehe als auflöſsend festgesetzte Bedingungen das Verlöbniſs selbst vernichten [4.].

§. 385.

Publica, clandestina.

Förmlichkeiten sind nach gemeinem Recht bey Abschlieſsung des Verlöbnisses nicht nothwendig; deutsche Statute erfordern aber oft dergleichen z. B. die Erklärung vor Zeugen. Solche förmliche Verlöbnisse nennt man publica; die hingegen, welche nicht in der statutarischen Form abgeschlossen sind, clandestina [1.]. Man bezeichnet aber auch oft durch den ersten Ausdruck die, mit Einwilligung der Aeltern, durch den letzten die, heimlich ohne dieselbe eingegangenen Verlöbnisse [2.]. Es hängt jedoch von der Willkühr der Partheyen ab, da, wo keine Form vorgeschrieben ist, über die bloſse Einwilligung hinauszugehen [3.], wohin der Fall gehört, wenn sie sich einen Mahlschatz (arrhas §. 126.) geben, welches bey uns gewöhnlich ein Ring ist [4.].

§. 386.

Was wirken sie?

Aus Verlöbnissen entstehen nach dem neuesten Römischen Recht keine Zwangsverbindlichkeiten [1.]; nach der heutigen Praxis aber gestattet man eine Klage auf Erfüllung derselben [2.]. Die

[2.] P. Müller de annulo pronubo. Ien. 1684. F. A. Junius de annulo Romanor. pronubo. Lips. 1746. [3.] cap. 6. 13. 28. X. de sponsal. (4. 1.) cap. 11. X. de despons. impub. (4. 2.). [4.] cap. ult. X. de condit. appos. (4. 5.) I. Bechstadt de condit. sponsal. imposs. Coburg. 1628. Ludovici de condil. sponsal. imposs. Voet L. 23. T. 1. §. 7.

[1.] I. T. Reinharth de distinct. sponsal. in publica et clandestina. Erf. 1729. [2.] Hofacker princ. T. 1. §. 388. [3.] L. 17. C. de fide instrum. (4. 21.). [4.] L. 3. 5. C. de sponsal. (5. 1.).

[1.] L. 1. C. de sponsal. (5. 1.). [2.] Schott §. 151. not. 2.

daraus entspringenden negativen Verbindlichkeiten sind wechselseitige Treue, und die Verpflichtung, nichts vorzunehmen, was die Eingehung der Ehe hindert [3.]. Die positiven Wirkungen bestehen hauptsächlich darin, daſs auf Eingehung der Ehe gedrungen werden kann, und zwar bey unbedingten Verlöbnissen binnen einer nach Billigkeit anzusetzenden Frist [4.]; bey bedingten nach der Existenz der Bedingung, wenn nicht die Erfüllung bloſs von der Willkühr des Verlobten abhängen [5.], der Bedingung ausdrücklich oder stillschweigend entsagt [6.], oder die Erfüllung willkührlich verhindert seyn sollte [7.], in welchen Fällen das Verlöbniſs als purificirt zu betrachten ist. Die unten zu erwähnenden Wirkungen der Ehe haben jedoch Verlöbnisse nicht, wenige Fälle ausgenommen [8.].

§. 387.

Fortsetzung.

Einen absoluten Zwang zur Eingehung der Ehe gestattet man inzwischen nicht, sondern man begnügt sich, wenn gelinde Versuche nicht helfen wollen, mit einer Verurtheilung in die Unkosten und zur Entschädigung [1.]. Nur dann hält die Praxis den absoluten Zwang für zulässig, wenn der Widerſpännstige unvermögend ist, Entschädigung zu leisten, oder wenn nach dem Beyschlaf der Bräutigam die Ehe nicht eingehen will [2.]. Allein weit zweckmäſsiger ist

Leyser Sp. 293. m. 1. Boehmer I. E. P. L. 4. T. 1. §. 50. fgg. I. C. Winkler quaenam actio a dessponsato ad matrim. consumm. institui possit. Goett. 1784. [3.] cap. un. de sponsal. in 6. (4. 1.) E. G. C. Klügel de fide sponsalitia. Viteb. 1782. I. M. Schneidt medit. circ. obl. ex sponsal. Wurc. 1787. [4.] W. H. Brückner Pr. de obligat. sponsal. ad matrimon. rite ineund. Jen. 1721. [5.] L. 87. §. 7. L. 137. §. 2. de V. O. (45. 1.). [6.] cap. 6. X. de condit. appos. (4. 5.). [7.] L. 85. §. 7. de V. O. (45. 1.) L. 161. de R. I. (50. 17.). [8.] Nämlich in Betreff des Zeugnisses der Brautleute, der Veräuſserung der Brautgabe, der persönlichen Privilegien im Concurse, und der der Braut zugefügten Injurien. L. 5. de testibus (22. 5.) L. 4. de fund. dotali (23. 5.) L. 17. §. 1. de reb. auct. iudic. (42. 5.) L. 15. §. 24. de iniur. (47. 10.) I. H. Boehmer de diverso sponsal. et matrim. iure Hal. 1718. (Exerc. T. 4.) I. H. Sibrand de different int. spons. et uxor. Rost. 1723.

[1.] Mevius P. III. Dec. 382. 383. [2.] Boehmer I. E. P. L. 4. T. 1. §. 55. 56. Hellfeld iurispr. for. §. 1202. Noch

es, unter Verwerfung jedes absoluten Zwanges, blofs auf eine Strafe, und, wenn es möglich ist, auf Satisfaction zu sprechen, und dem unehelichen Kinde die Rechte eines ehelichen beyzulegen [3.].

§. 388.

Collision mehrerer Verlöbnisse.

Die Strafe der Infamie, an deren Stelle das Kanonische Recht die Kirchenbufse gesetzt hat, trifft jeden, welcher mehrere gültige Sponsalien nach einander schliefst [1.]. Ungültige Verlöbnisse sind juristisch als nicht vorhanden anzusehen. Hieraus folgen in Betreff der Collision der Sponsalien die Regeln: a.) dafs unter mehreren ungültigen Verlöbnissen keins auf einen Vorrang, und rechtliche Wirkungen Anspruch machen kann [2.]; b.) dafs das gültige dem ungültigen vorgeht [3.]; hingegen c.) unter mehreren gültigen das älteste, gesetzt auch es sollte das ältere bedingt, das jüngere unbedingt seyn [4.].

§. 389.

Bestärkungsmittel.

Die aus Sponsalien entspringende Verbindlichkeit kann durch die gewöhnlichen Bestärkungsmittel (§. 95 — 97.) vermehrt werden, nämlich durch den Eyd [1.], und durch Conventional-Strafen. Bey den Römern konnten, wegen Unverbindlichkeit der Verlöbnisse, weder durch den ersten, noch die letzten neue Wirkungen hervorgebracht werden [2.]; da sich aber jetzt das Haupt-Princip geändert hat, und die Grundsätze des kanonischen Rechts über den Eyd vom Römischen so sehr abweichen: so hat jetzt bey Verlöbnissen der Eyd alle Wirkungen, welche ihm überhaupt

mehr Fälle hat Malblank princ. §. 623. [3.] Schott §. 151.

[1.] L. 1. de his qui not. infam. (3. 2.) cap. 1. 31. X. de sponsal. (4. 1.) Schott §. 152. not. 3. [2.] Lauterbach coll. L. 23. T. 1. §. 51. S. Stryk de concursu sponsal. Frankf. 1681. [3.] also wo Statute Solennitäten zu Requisiten gemacht haben die publica den privatis. Schott §. 148. [4.] c. 15. 22. 30. 31. X. de sponsal. (4. 1.) A. M. ist Hopp Comm. ad pr. I. de nupt. p. 85. aber blofs wegen der alten Vermengung der sponsal. de praesenti mit sponsal. puris.

[1.] I. B. Wernher de vi et efficacia iuram. in confirm. matrim. Viteb. 1716. I. F. Kees de iurisiur. sponsal. adiecti efficacia. Lips. 1776. [2.] L. 71. §. 1. de cond. et demonstr. (35. 1.)

das kanonische Recht beylegt, ohne jedoch ein absolutes Zwangsrecht zu begründen [3.]; und das Versprechen einer Conventional-Strafe ist als gültig zu betrachten [4.], ausgenommen wo das Verlöbnifs selbst nichtig ist [5.]. Der, einem jüngeren Verlöbnisse hinzugefügte Eyd hebt aber natürlich eben so wenig ein gültiges aelteres auf [6.], als der, jenem hinzugekommene Beyschlaf, welcher überhaupt (nach §. 379. 387.) die Verbindlichkeit der Verlöbnisse nicht verstärkt, sondern nur die Entschädigungsforderungen vermehrt [7.].

§. 390.

Aufhebung der Verlöbnisse.

Verlöbnisse erlöschen und werden aufgehoben 1.) durch den Tod, 2.) durch den Richter von Amtswegen, wenn nach Eingehung derselben öffentliche Ehehindernisse (z. B. affinitas superveniens) eintreten, jedoch unter Vorbehalt einer nachzusuchenden Dispensation [1.]. 3.) Durch freyen Willen der Partheyen (repudium). Geschieht diefs A.) mit Einwilligung beyder Theile (repudium voluntarium), so ist es unbedingt erlaubt, selbst ohne Zustimmung der geistlichen Obrigkeit [2.], obgleich diese das Recht hat, einen Versuch zur Aussöhnung zu machen [3.]. Geschieht es aber B.) einseitig (repudium necessarium), so ist es, wegen Unzulässigkeit des absoluten Zwanges, gleichfalls in allen Fällen erlaubt; damit jedoch der willkührlich Abtretende ein Recht zur Anstellung der Repudienklage habe, und nicht als Widerspenstiger behandelt werde, müssen gerechte Repudienursachen vorhanden seyn [4.]. Dahin gehört natürlich a.) der Fall, wenn indispen-

L. 134. de V. O. (45. 1.) L. 5. C. de sponsal. (5. 1.) Hellfeld de effectu poenae convent. sponsal. adiectae, Jenae 1760. (op. T. 1.). [3.] cap. 10. X. de sponsal. (4. 1.). [4.] I. H. Boehmer I. E. P. L. 4. T. 1. §. 129. 130. Weber über nat. Verb. §. 84. Müller ad Leyser Obs. 516. [5.] cap. 29. X. de sponsal. impub. (4. 2.). [6.] cap. 25. 28. X. de iureiur. (2. 24.). [7.] I. H. Boehmer l. c. §. 66.

[1.] c. 2. 7. 8. 9. X. de eo qui cognov. consang. uxoris (4. 13.) Boehmer I. E. P. L. 4. T. 14. §. 38. [2.] G. F. Deilin de mutuo dissens sponsalit. solo absque consist. cognit. et auctorit. valido et efficaci, Alt. 1708. Viele sind a. M. mit Leyser Sp. 295. m. 1. [3.] cap. 2. X. de sponsal. (4. 1.). [4.] I. H. Boehmer de probat. repudior. causs. und I. E. P. L. 4. T. 1. §. 146. fgg. Leyser Sp. 295. 296. 520. Pufen-

sable Ehehindernisse eingetreten sind [5.]. b.) Nach der gemeinen Meynung, wenn bey dem andern die Umstände sich so ändern, daſs der, welcher die Aufhebung des Verlöbnisses verlangt, dasselbe gewiſs nicht würde eingegangen seyn, wenn er diese Umstände vorhergesehen hätte [6.]. Allein die ganze Regel ist offenbar unjuristisch [7.]. Nur das läſst sich behaupten, daſs es eine gültige Repudienursache ist, wenn der andere Verlobte sich eine Untreue, oder solche unvernünftige und unerlaubte Handlungen zu Schulden kommen läſst, welche eine unglückliche Ehe wahrscheinlich machen [8.], wohin auch der Fall gehört, wenn bey unbedingten Verlöbnissen der, in derselben Provinz anwesende Bräutigam die Braut zwey Iahre warten läſst [9.]. c.) Können Minderjährige als solche aus zureichenden Gründen dagegen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen [10.].

§. 591.

Wirkungen der Aufhebung.

Die Wirkung der aufgehobenen Verlöbnisse besteht darin: A.) daſs der, welcher willkührlich davon abgeht, die versprochene Strafe erlegen, und nach Umständen Satisfaction leisten muſs. B.) Aeuſsert sich dieselbe in Betreff des Mahlschatzes, und der von den Verlobten einander gemachten sogenannten Brautgeschenke (sponsalitia largitas). In Rücksicht derselben ist überhaupt so zu unterscheiden: a.) die Ehe folgt wirklich auf das Verlöbniſs: dann behält der Empfänger den Mahlschatz, oder das Brautgeschenk [1.]. b.) Das Verlöbniſs wird getrennt. Geschieht dieſs dann ohne ausschlieſsliche Schuld eines Theiles, so erhält jeder Theil, oder dessen Erben [2.],

dorf T. 1. Obs. 162. T. 3. Obs. 166. T. 4. Obs. 27. [5.] cap. 4. X. de sponsal. (4. 1.). [6.] Hellfeld iur. for. §. 1203. Schott §. 155. Dabelow §. 118. [7.] S. oben §. 187. [8.] L. 5. C. de sponsal. (5. 1.) cap. 5. 27. X. eod. (4. 1.). Also nicht bloſse Veränderung der Vermögensumstände. I. Carmon de repudio propter errorem bonorum fortunae. Rost. 1733. [9.] L. 2. C. de sponsal. (5. 1.) C. H. Berger de praescript. sponsal. Vit. 1719. [10.] I. H. Boehmer de rest. in int. contra sponsal. pura minor. Hal. 1722. vergl. mit Leyser Sp. 295. m. 8.

[1.] L. 7. 8. 9. 10. 12. 13. C. de donat. ante nupt. (5. 3.) Lauterbach de arrha §. 33. [2.] L. 3. C. de sponsal. (5. 1.)

das von ihm Gegebene zurück, doch kann, wenn der Tod das Verlöbnifs aufhebt, die Braut, sofern sie geküfst seyn sollte, die Hälfte der Brautgeschenke zurückbehalten. Ist hingegen der eine Theil an der Trennung Schuld, so behält der Unschuldige das Empfangene, und kann das Gegebene zurückfordern, und zwar, wenn er einen Mahlschatz gegeben, aber keinen empfangen hat, das Doppelte [3.]. Viele gestatten jedoch jetzt (vermöge §. 291.) die Klage auf das Doppelte nicht mehr [4.].

§. 392.

Ueber Freywerber.

Bey Verlobungen können auch **Freywerber** gebraucht werden. Ist einem solchen für seine Mühe ein Honorar versprochen, so kann er die bestimmte Summe, oder, wenn darüber nichts ausgemacht ist, ein, durch richterliches Ermessen auszumittelndes Quantum fordern [1.]. Nach einem unglossirten Gesetz soll die Summe nie $\frac{1}{20}$ des Brautschatzes übersteigen [2.].

Ueber die Aufhebung der Ehe.

§. 393.

Arten der Aufhebung der Ehe. 1.) ipso iure.

Die Ehe ist entweder gleich Anfangs nichtig, oder wird es in der Folge [1.]. Die Gründe der Nichtigkeit sind bereits in der vorigen Abtheilung angegeben. Was die in der Folge eintretende Ungültigkeit betrifft, so kann diefs entweder ipso iure geschehen, oder mittelst einer, auf Verlangen zu erkennenden Ehescheidung. Das erste tritt nur in zwey Fällen ein, nämlich a.) wenn ein Ehegatte stirbt; und b.) bey den Katholiken, nicht aber bey den

E. C. **Tenzel** de restitut. arrhae et sponsal. largit. morte sponsi vel sponsae interrenieute. Erf. 1730. C. L. **Crell** de arrha sponsae hered. restituenda. Vit. 1753. [3.] L. 5. C. de sponsal. (5. 1.) L. 15. 16. C. de donat. ante nupt. (5. 3.) **Bardili** de sponsalit. largit. Tub. 1675. C. U. **Grupen** C. de donat. ante nupt. Frkf. et Lips. 1741. [4.] **Dabelow** §. 102.

[1.] L. 1. 3. de proxenet. (50. 14.). [2.] L. 6. C. de sponsal. (5. 1.) **Leyser** Sp. 682. m. 6. 7.

[1.] I. A. **Apel** de causs. matrim. annullandis. Diss. I. II. Lips.

Protestanten [2.], wenn ein Ehegatte vor vollbrachtem Beyschlaf ein feyerliches Gelübde der Keuschheit ablegt [3.].

§. 394.

II.) Ehescheidung. Römisches Recht.

In Betreff der Ehescheidung (divortium) weichen das Römische und Kanonische Recht, und die Praxis der Protestanten sehr von einander ab [1.]. Das erste enthält folgende Grundsätze: a.) mit Einwilligung beyder Theile (divortium bona gratia) kann die Ehe unbedingt aufgehoben werden [2.]; soll es aber b.) einseitig (ob indignationem) geschehen, so müssen dazu gesetzliche Ursachen vorhanden seyn, ohne daſs jedoch dann die Zustimmung einer geistlichen Obrigkeit nöthig ist. Der Mann kann die Ehe aus sechs Ursachen aufheben, nämlich: wenn die Frau ohne sein Wissen wider den Staat conspirirt; wenn sie Ehebruch getrieben; dem Mann nach dem Leben gestanden, oder gefährliche Nachstellungen nicht abgewandt; wenn sie sich heimlich aus dem Hause entfernt; öffentlichen Schauspielen beygewohnt; mit Männern Zusammenkünfte gehalten, oder mit ihnen gebadet hat. Die Frau hingegen aus folgenden Gründen: wenn der Mann wider den Staat conspirirt, oder Conspirationen andrer verschwiegen; wenn er ihr nach dem Leben gestanden, oder sie nicht gegen Anschläge andrer geschützt; wenn er sie andern zu verkuppeln gesucht; wenn er sie fälschlich des Ehebruchs angeklagt hat; endlich wenn er ungeachtet zweymaliger Warnung nicht von vertrautem Umgange mit andern Weibern abgestanden ist [3.].

§. 395.

Kanonisches Recht.

Wegen des Lehrsatzes vom Sacrament der Ehe erklärt das Kanonische Recht die Ehe in ihrem rechtlichen Wesen (quoad vinculum) für unauf-

1798. 1799. [2.] Schnaubert Beytr. 1. Th. n. 1. §. 5. [3.] c. 2. 7. 14. X. de convers. coniug. (3. 32.) Conc. Tr. Sess. 24. de sacram. matr. c. 6.

[1.] G. A. Struv de iure divortior. Jen. 1678. H. Bodinus de erroribus circa divortia. Hal. 1711. Controversiae circa iura divortiorum etc. Ed. 3. Hal. 1737. G. A. Marche historia iur. civ. de divort. Lips. 1764. F. Popp über Ehescheidung. Amberg und Sulzbach. 1800. 8. [2.] Nov. 140. [3.] Nov. 117. cap. 8 — 14.

löslich [1.]. Aus wichtigen Gründen darf jedoch die geistliche Obrigkeit auf eine, nur die Verpflichtung zum Beyschlaf und zum gemeinsamen Leben aufhebende [2.] Scheidung von Tisch und Bett erkennen [3.], und zwar auf eine beständige (perpetua), oder nur zeitige (temporaria), je nachdem die Umstände sind [3.]. Auf die erste ist besonders im Fall eines Ehebruchs zu erkennen [4.]. Wird dadurch eine Schwägerschaft mit dem unschuldigen Ehegatten erzeugt (affinitas superveniens), so soll der Richter die Ehegatten vom Beyschlaf abrathen. Ist diefs fruchtlos, so kann nur der Unschuldige, nicht der Schuldige den Beyschlaf rechtlich fordern (matrimonium claudicans [5.]. Streitig ist es jedoch, ob nicht wenigstens dann die Ehe getrennt werden könne, wenn ungläubige Ehegatten nachher den Glauben ändern [6.]?

§. 396.

Theorie der Protestanten.

Mit dem Begriff des Sacraments sind alle jene Sätze des Kanonischen Rechts für die Protestanten als aufgehoben anzusehen. Allein welches sind ihre Rechts-Normen? Das Evangelium gestattet keine willkührliche vertragsmäfsige, und eine einseitige Privat-Scheidung nur wegen Ehebruchs und böslicher Verlassung [1.]. Sieht man diese Vorschriften (nach §. 11. christlich inconsequent) als für den Richter unverbindliche moralische Lehren [2.] an, so haben die Protestanten hier nichts als das Römische Recht. Legt man sie hingegen als Rechts-Normen zum Grunde, so fragt sich weiter: soll man bey dem Buchstaben stehen bleiben, oder darf man sich eine logische Ausdehnung erlauben? Die, durch die Achtung der Protestanten für ihre, der Bibel übergeordnete Vernunft, und Angewöhnen an das Kanonische Recht ausgebildete Praxis hat in Deutschland folgendes System durchgesetzt; 1.) ohne Zustimmung der geistlichen Obrigkeit wird keine Ehe

[1.] Conc. Trid. Sess. 24. de reform. matr. c. 7. [2.] cap. 2. X. de divort. (4. 19.). [3.] Conc. Trid. l. c. c. 8. cap. 2. X. cit. cap. 2. X. de praescr. (2. 26.). [4.] c. 1. 4. 7. 10. 28. C. 32. q. 7. cap. 12. X. de praesumt. (2. 23.). [5.] cap. 4. 6. 11. X. de eo qui cognov. consang. uxor. (4. 13.). I. H. Boehmer I. E. P. L. 4. T. 14. §. 41. [6.] Schott §. 217. not. 4.

[1.] Matth. 5. v. 32. 19. v. 9. 1. Corinth. 5. 15. [2.] Mit

getrennt [3.]. 2.) Willkührliche vertragsmäfsige Scheidungen sind unerlaubt, doch wird aus wichtigen Gründen darauf erkannt. Als solche sind aber nicht allein Ehebruch und bösliche Verlassung anzusehen, sondern alles was denselben gleich ist, z. B. Sodomie, Lebensnachstellungen, tödliche Feindschaft, absolute Verweigerung des Beyschlafs, oder verkehrte Bewirkung desselben, u. s. w. Die offenbare Vagheit des Princips läfst hier jedoch natürlich auf keine Uebereinstimmung in Betreff aller einzelnen Fälle hoffen [4.]. Sind endlich 3.) die, unter Ehegatten Statt findenden Mifshelligkeiten von der Art, dafs sie die Hoffnung einer Versöhnung nicht ausschliefsen, so wird auf eine zeitige Trennung von Tisch und Bett erkannt, welcher dann, nach fehlgeschlagener Hoffnung, die wahre Ehescheidung zu folgen pflegt [5.].

§. 397.

Ausnahmen.

Was man überhaupt als Ehescheidungsursache gelten läfst, kann jedoch ausnahmsweise in einigen Fällen nicht zur Begründung der Ehescheidungsklage gebraucht werden, nämlich wenn der schuldige Theil von dem andern zu der unerlaubten That gereitzt ist, oder wenn der Unschuldige demselben ausdrücklich, oder stillschweigend verziehen hat [1.].

§. 398.

Im Fall verschiedener Religion.

Sind Eheleute verschiedener Religion, so kommen die Religions-Grundsätze eines jeden zur Anwendung. Der Katholik kann also gegen den Protestanten nicht auf Scheidung, sondern nur auf Trennung von Tisch und Bett klagen, und die, vom protestantischen Richter erkannte Ehescheidung befreyt den Katholischen Ehegatten nicht [1.].

Poppa. a. O. 1—3. Abh. [3.] Wernher P. 5. Obs. 24. [4.] Vergl. z. B. Hellfeld iur. for. §. 1268. Schott §. 222. 223. Boehmer princ. iur. can. §. 408. Hofacker princ. T. 1. §. 403. Dabelow §. 284. Malblank princ. §. 641. [5.] Boehmer I. E. P. L. 4. T. 19. §. 49. D. H. Hasenstein de separat. a thoro et mensa. Jen. 1774.

[1.] Dabelow §. 285. Boehmer princ. iur. can. §. 410. Schott §. 223.

[1.] I. C. Estor de divort. praesert. personar. divers. relig. in

§. 399.

Ehescheidungs-Klage. Um die Ehescheidungsklage durchzusetzen, muſs der klagende Theil die Existenz der angeführten Ursache erweisen, es sey nun direct, oder durch Beybringung solcher Thatumstände, worauf die Gesetze zu Gunsten des Klägers eine rechtliche Vermuthung bauen [1.]. Wird wegen böslicher Verlassung geklagt, so muſs diese zuvörderst erwiesen, und auf Ladung des Abwesenden angetragen und erkannt werden [2.]. Erscheint er, und will wieder zu dem klagenden Ehegatten zurückkehren, so muſs der letzte sich dieſs gefallen lassen; doch kann er verlangen, daſs der Schuldige sich eydlich vom Verdacht des Ehebruchs reinige [3.]. Erscheint aber der Geladene nicht, oder verweigert er die Rückkehr, so erfolgt dann auf Verlangen die Scheidung [4.].

Dritte Abtheilung.

Ueber die rechtlichen Wirkungen der Ehe.

§. 400.

Einleitung. Die rechtlichen Folgen der Ehe sind theils durch die Gesetze bestimmt, theils können sie durch besondere Vereinbarungen näher modificirt werden. Sowohl in diesem als jenem Fall ist zu untersuchen, was die Ehe in Betreff des Verhältnisses der Ehegatten zu einander, in Rücksicht der Kinder, und in Betreff Dritter Personen bewirkt, und zwar während der unangefochten bestehenden Ehe, während über die Aufhebung der Ehe gestritten wird, und nach Aufhebung derselben?

Germ. Marb. 1747. Schnaubert Beytr. 1. Thl. n. 1. §. 7. 8.

[1.] cap. 12. X. de praesumt. (2. 23.). Boehmer I. E. P. L. 4. T. 19. §. 28. 29. [2.] M. G. Pauli de citatione dersertoris non latitantis in caussa divortii rite facienda. Viteb. 1788. Schott §. 221. [3.] Carpzov L. 2. Def. 209. L. 3. Def. 66. Leyser Sp. 314. M. 4. 5. [4.] Carpzov L. 3. Def. 58. Wernher P. 2. Obs. 204.

§. 401.

I.) Gesetzliche Folgen 1.) in Betreff der Ehegatten unter sich A.) während der Ehe. a) Gemeinschaftliche.

I.) Nach gesetzlicher Vorschrift hat die Ehe, was 1.) das gegenseitige Verhältnifs der Ehegatten, und zwar A.) während der Dauer der Ehe betrifft, mancherley Wirkungen, und zwar erzeugt sie a.) für beyde Theile gemeinschaftlich folgende Verhältnisse. Es können nämlich *A.*) beyde Theile auf unbedingte eheliche Treue Anspruch machen [1.], so wie *B.*) auf Leistung des Beyschlafs (ius in corpus), sofern dadurch die Fortpflanzung nicht gehindert wird [2.]. Es wäre jedoch zu wünschen, dafs die Gesetze hier etwas über das Maafs bestimmt hätten. *C.*) Können die Ehegatten von einander gemeinschaftliches Beysammenleben, und in Beziehung auf den Haushalt wechselseitige Unterstützung verlangen [3.]. *D.*) Unglücksfälle, welche den einen treffen, mufs der andre mit tragen, und kann, wenn sie auch vor der Ehe ein Ehehindernifs seyn sollten, sofern sie nachher eintreten, die Ehe deshalb nicht aufheben [4.]. Nach dem obigen erzeugt ferner *E.*) die eheliche Verbindung Affinitäts-Verhältnisse, so wie *F.*) die Verpflichtung des Mannes, seiner Frau die Alimente zu geben, wozu umgekehrt auch die Frau im Nothfall verpflichtet ist [5.]. Alle diese Rechte können durch Anrufung des richterlichen Amts gerichtlich verfolgt werden [6.]. Was von Alimenten gesagt ist, gilt gleichfalls *G.*) in eben dem Verhältnifs von der Verpflichtung der Ehegatten sich beerdigen zu lassen [7.]; auch sind sich *H.*) die Ehegatten eine gewisse Achtung schuldig, so dafs sie gegen einander wegen eines vor, und während der Ehe begangenen Verbrechens keine actiones poenales und famosas anstellen können [8.].

[1.] cap. 4. 6. 11. X. de eo qui cognovit consangu. (4. 13.). [2.] c. 3. C. 32. qu. 2. c. 5. C. 33. qu. 5. I. I. Beck von Leistung der ehelichen Pflicht. Nürnb. 1733. 4. [3.] §. 1. I. de patr. potest. (1. 9.). [4.] L. 22. §. 7. solut. matrim. (24. 3.). A. M. ist Dabelow §. 284. [5.] L. 22. §. 8. l. c. L. 16. de religios. (11. 7.) §. 37. I. de act. (4. 6.) L. 29. C. de iure dot. (5. 12.). Schoepf de alimentat. uxorum. Tub. 1743. Voet L. 25. T. 3. §. 8. [6.] c. 23. C. 32. q. 5. cap. 13. X. de restit. spoliator. (2. 13.). [7.] L. 16. de religios. (11. 7.]. Stryk U. M. eod. Tit. §. 45. [8.] L. 2. C. rer. amotar. (5. 21.) L. ult. §. ult. C. de furt. (6. 2.).

§. 402.

Besonders über Schenkungen unter Ehegatten. Wirkungen.

Besonders wichtig ist *I.*) die Vorschrift, daſs Schenkungen unter Mann und Frau nicht vollgültig seyn sollen [1.]. Ursprünglich waren sie durchaus nichtig [2.]. Unter Sever und Antonin wurden sie insofern für gültig erklärt, daſs der Erbe des Schenkers sie nicht widerrufen könne, wenn der Schenker gestorben sey, ohne sie selbst widerrufen zu haben [3.]. Bey dem Leben des Schenkers ist also die Schenkung nichtig [4.], aber sie, convalescirt durch den Tod [5.]. Solange der Schenker lebt, hat also der Beschenkte nur einen natürlichen Besitz [6.], die Schenkung ertheilt keinen Verjährungstitel wider den Dritten [7.], und der Beschenkte muſs die Sache, mit Ausnahme der Zinsen und fructuum industrialium, nebst allem Zubehör, welches nicht consumirt ist, herausgeben [8.]. Existirt sie, so kann der Schenker sie von dem Empfänger und jedem Dritten Besitzer vindiciren [9.]; sonst aber hat er eine bloſs persönliche Klage, welche in der Regel nur auf Herausgabe dessen, wodurch der gewesene Besitzer bereichert ist, angestellt werden kann [10.]. Der Schenker, welcher das Gegebene zurückerhält, kann jedoch den, vom Beschenkten damit gemachten Gewinn nicht einklagen [11.]; auch kann er die mit dem geschenkten Gelde gekaufte Sache nicht als sein Eigenthum vindiciren, wiewohl er, wenn der Beschenkte insolvent wird, die Sache iure separationis aus dessen Concurse ziehen kann [12.].

[1.] S. Gentilis de donat. int. V. et U. Libri 4. Hanov. 1604. 4. Retes de eod. arg. in Meermann Thes. T. 6. [2.] L. 1. h. t. (24. 1.). I. H. Boehmer de statu donat. int. V. et U. antiquo et hodierno. (Exerc. T. 4.). H. I. O. Koenig vicissitud. iur. Rom. circa don. int. V. et U. Hal. 1771. [3.] L. 32. §. 2. h. t (24. 1.). Z. Richter de orat. D. Antonini de don. int. V. et U. confirmandis. Lips. 1759. [4.] L. 5. §. 10. eod. L. 10. C. eod. (5. 16.). A. M. ist G. L. Menken de donat. int. V. et U. non ipso iure nullis. Helmst. 1752. [5.] L. 25. C. h. t. (4. 16.). [6.] L. 1. §. 4. L. 16. de A. v. A. P. (41. 2.) L. 13. §. 1. de her. pet. (5. 3.) L. 1. §. 10. quod vi (43. 23.). [7.] L. 1. §. 2. pro donat. (41. 7.). Meine Schr. über Bes. und Verj. 2. Thl. §. 26. [8.] L. 17. h. t. (24. 1.) L. 45. de usur. (22. 1.). [9.] L. 31. §. 2. h. t. (24. 1.) L. 27. §. ult. de R. V. (6. 1.). [10.] L. 5. § ult. L. 6. L. 7. L. 16. L. 29. L. 33. §. 1. L. 37. L. 39. L. 50. §. 1. L. 55. h. t. (24. 1.). [11.] L. 28. §. 3. eod. [12.] L. 55. eod. Dabelow v. Concurs. 2. Aufl. S. 364—373.

§. 403.

Bey welchen Personen tritt das Verbot ein?

Die Vorschrift dieses neueren SCts bezieht sich nur auf Schenkungen wirklicher Ehegatten, welchen denn auch putative Ehegatten gleich zu setzen sind [1.]. Eine wissentlich fortgesetzte nichtige Ehe steht der Schenkung nicht im Wege, so wenig als eine gewesene Ehe, oder ein Verlöbniſs; wiewohl hier Fälle eintreten können, da der Fiscus die Schenkung als eine schändliche Gabe dem Empfänger entreiſst [2.]. Dagegen werden alle mit dem schenkenden oder beschenkten Ehegatten durch Einheit der Person verbundenen Familienglieder den Ehegatten selbst gleichgestellt [3.]; doch leidet dieſs dann eine Ausnahme, wenn die ihnen, oder von ihnen gemachte Schenkung in ihr freyes Vermögen, oder aus demselben kam [4.].

§. 404.

Bey welchen Geschäften?

Das Gesetz bezieht sich ferner nur auf Schenkungen, und was zur Bemäntelung derselben dient [1.], nicht auf andre Geschäfte [2.]. Ist das Geschäft vermischt, so ist es bis auf die Schenkung nichtig [3.]; doch besteht es ganz, wenn die dem Ehegatten gemachte Schenkung sich nicht von den übrigen Bestimmungen des Geschäfts trennen läſst [4.]. Im Zweifel wird vermuthet, daſs eine gegebene Sache geschenkt sey [5.].

§. 405.

In wiefern wird die

Steht die Schenkung als ungültig unter dem Gesetz, so hängt es vom Zufall ab, ob sie gül-

[1.] Vermöge §. 380. weil hier kein Gesetz die wirklich putative Ehe in Rücksicht der Schenkungen für unwirksam erklärt. Viele sind jedoch a. M. Allein s. L. 7. C. h. t. (5. 16.). [2.] L. 3. §. 1. L. 5. L. 32. §. 27. 28. L. 35. L. 64. 65. h. t. (24. 1.). [3.] L. 3. §. 2. 5. 6. L. 5. §. 2. L. 32. §. 16. 18. 19. 20. 21. eod. Ayrer de donat. int. V. et U. cap. 1. §. 5. F. C. A. de Trütschler de donat. int. V. et U. per alium facta. Jen. 1771. [4.] L. 3. §. 4. eod.

[1.] L. 5. §. 5. L. 7. §. 6. L. 32. §. 24. L. 49. h. t. (24. 1.) [2.] S. die vorh. Note, und L. 9. C. h. t. (5. 16.) L. un. §. 5. C. de rei uxor. act. (5. 13.). [3.] L. 31. §. 3. h. t. (24. 1.). [4.] L. 5. §. 2. h. t. [5.] L. 61. eod. L. 6. C. h. t. (5. 16.).

Schenkung gültig? tig werde. Stirbt der Beschenkte vor dem Schenker, so ist sie nichtig [1.]; stirbt hingegen der letzte vor dem ersten, — welches im Zweifel vermuthet wird, wenn beyde zugleich umkommen [2.] —: so convalescirt sie, und zwar jetzt rückwärts, sofern sie nur, wenn sie 500 Aureos übersteigt, gerichtlich angezeigt ist. Geschah das letzte nicht, so kann sie durch einen letzten Willen gültig gemacht werden, welcher aber keine rückwirkende Kraft hat [3.]. Das Convalesciren erstreckt sich aber nur dahin, dafs der Erbe von dem Beschenkten die Sache nicht abfordere; keineswegs aber dahin, dafs der letzte den ersten auf Uebergabe eines blofs versprochenen Geschenks belangen kann [4.]. Hat übrigens der Schenker die Schenkung ausdrücklich, oder stillschweigend, z. B. durch Veräufserung oder Verpfändung der Sache [5.], widerrufen, so kann sie dessen Erbe zurückfordern [6.]. Hienach mufs man denn auch behaupten, dafs bey einem Concurs des Schenkers die Concursgläubiger die Schenkung anfechten können, wenn der Concurs beym Leben, nicht aber wenn er nach dem Tode des Schenkers ausbrach [7.]. Als Nachfolger des verstorbenen Schenkers kann natürlich auch der Fiscus eine unwiderrufene Schenkung nicht anfechten [8.].

§. 406.

Ausnahmen. Es gibt jedoch mehrere Fälle, da eine Schenkung unter Ehegatten gültig ist, nämlich a.) wenn der Beschenkte nicht reicher dadurch wird, wohin jeder Fall gehört, da das Geschenk nicht zum Besten des Beschenkten, sondern eines andern bestimmt ist, oder sonst das wirkliche Vermögen des Beschenkten nicht vermehrt, wie z. B. eine Grabstätte [1.]. b.) Wenn der

[1.] L. 1. §. ult. pro donat. (39. 5.) L. 6. L. 25. C. h. t. (5. 16.). [2.] L. 32. §. 14. h. t. (24. 1.). [3.] L. 25. C. h. t. (5. 16.). [4.] L. 23. L. 32. §. 2. h. t. (24. 1.). Hofacker princ. T. 1. §. 473. not. d. — A. M. sind wegen L. 33. pr. eod. Nov. 162. c. 1. Voet L. 24. T. 1. §. 5. Weber über d. nat. Verb. §. 89. a. not. 18. [5.] L. 32. §. 5. l. c. L. 12. C. h. t. (5. 16.). Die in Betreff der Verpfändung entgegenstehende Nov. 162. c. 1. §. 1. ist unglossirt. Lauterbach coll. L. 24. T. 1. §. 13. [6.] L. 32. §. 4. h. t. (24. 1.). [7.] A. M. ist Leyser Spec. 312. M. 9. und wieder a. M. Hellfeld iur. for. §. 1256. [8.] L. 1. C. h. t. (5. 16.).

[1.] L. 5. §. 8 – 12. L. 8. L. 9. L. 34. L. 49. h. t. (24. 1.).

Schenker selbst an den nützlichen Folgen des Geschenks Theil nimmt, z. B. wenn zum Besten des Haushalts, oder zu einer Würde des Mannes etwas gegeben ist [2.]. c.) Wenn der Schenker nicht ärmer geworden ist. Dahin gehört, wenn er eben so viel wieder empfangen [3.]; wenn er das, woran er gar keine Eigenthumsrechte hatte [4.], oder einen ihm angetragenen Gewinn verschenkt [5.]. Man hat dahin auch den Fall gezogen, wenn er vor der Zeit eine Schuld bezahlt, oder ein Pfand erläſst [6.]. d.) Wenn das Geschenk juristisch nothwendig ist, z. B. eigentlich nur zum Unterhalt und zur Bequemlichkeit des Beschenkten gereicht, wie eine nicht übermäſsige Quantität von Früchten, Dienste eines Sklaven, und dergleichen [7.]. e.) Wenn das Geschenk in Kleinigkeiten besteht, und gewöhnlich als Zeichen der Liebe gegeben wird [8.]. f.) Wenn es zur Wiederherstellung eines Gebäudes bestimmt ist [9.], oder g.) vom Regenten der Regentinn gegeben ward [10.]. h.) Nach der Meynung vieler bey remuneratorischen Sckenkungen [11.]. i.) Wenn die Schenkung eydlich bestärkt [12.], oder k.) auf den Todesfall, oder auf den Fall einer sonstigen Trennung der Ehe gemacht ist [13.].

§. 407.

Statutarische Rechte.

Nach deutschen Gewohnheiten und Statuten wirkt h.) die Ehe sehr oft eine Gütergemeinschaft unter den Ehegatten, und zwar entweder eine allgemeine in Rücksicht des gesammten Vermögens, oder eine besondere, entweder in Rücksicht des ganzen während der Ehe, oder nur des

[2.] L. 31. §. 10. L. 40. 41. 42. eod. [3.] L. 7. §. 2. L. 32. §. 14. eod. [4.] L. 25. eod. Meine Schrift über Bes. und Verj. 2. Thl. §. 26. a. E. not. 1. [5.] L. 5. §. 13. 15. eod. [6.] L. 5. §. 13. 14. 15. L. 31. §. 6. eod. L. 1. §. 1. quib. mod. pign. vel hyp. solv. (20. 6.) L. 11. C. ad SCt. Velleian. (4. 29.). [7.] L. 15. L. 16. L. 17. L. 21. L. 28. §. 1. 2. h. t. (24. 1.). [8.] L. 7. §. 1. L. 31. §. 8. 9. eod. L. 21. C. eod. (5. 16.). [9.] L. 14. D. eod. [10.] L. 26. C. h. t. (5. 16.). [11.] G. P. du Roi de donat. int. coniug. remunerat. absque insinuat. valid. Helmst. 1779. A. M. ist Voet L. 24. T. 1. §. 10. [12.] Vermöge §. 95. 96. Gail L. 2. Obs. 40. n. 5. A. M. ist F. G. Zoller D. de quaest. an donat. int. V. et U. facta iuramento accedente sit valida. Lips. 1777. [13.] L. 9. §. 2. L. 10. L. 11. L. 12. L. 60. L. 61. L. 62. pr. h. t. (24. 1.).

durch gemeinschaftliche Arbeit gemachten Erwerbes. Die Erörterung dieser Materie bleibt aber den Vorlesungen über das einheimische Recht überlassen.

§. 408.

b.) Besondere Rechte des Mannes.

b.) Besondere Rechte des Ehemannes sind: A.) daſs die Frau seiner Gewalt unterworfen ist, und ihre Handlungen nach seinem Willen einrichten muſs [1.]. Schlagen darf er sie jedoch nicht [2.], wiewohl viele, wegen der Vorschrift, daſs er ⅓ der donatio ante nuptias zur Strafe verliere, wenn er sie ohne Grund geschlagen habe, eine mäſsige Züchtigung für erlaubt halten [3.]. Nach deutschen Statuten hat er oft eine eheliche Vormundschaft, doch ist dieſs kein gemeines Recht [4.]. B.) Erwirbt er alles, was die Frau durch häusliche Dienste, nicht aber das, was sie in Nebenstunden durch ein besonderes Metier verdient [5.]. C.) Kann er verlangen, daſs sie seinem Wohnsitz folge [6.], ob auch dann, wenn er ihn zur Strafe ändern muſs? haben die Gesetze zu entscheiden vergessen [7.]. D.) Ist er befugt, als vermutheter Anwald für sie im Proceſs aufzutreten [8.].

§. 409.

Besonders in Betreff der Güter der Frau.

Eine besondere Erörterung verdienen B.) die dem Mann an den Gütern der Frau zustehenden Rechte. Mit Uebergehung der häufigen Abweichungen particulairer Sitten und Statute, wonach z. B. der Ehemann als solcher gesetz-

[1.] L. 14. §. 1. solut. matr. (24. 3.) L. un. §. 7. C. de rei uxor. act. (5. 13.) L. 12. §. 1. C. qui pot. in pign. (8. 18.) van Bueren de potest. marit. in uxor. Ultr. 1756. N. F. de Heille de potest. mariti. Arg. 1769. [2.] L. 8. §. 2. C. de repud. (5. 17.) H. Freders Erört. d. Frage: ob ein Mann seine Frau zu schlagen berechtigt sey? Jen. 1734. [3.] Nov. 117. c. 14. Hommel Rhaps. Obs. 738. [4.] Pufendorf T. 1. Obs. 12. T. 3. Obs. 183. [5.] H G. Bauer de operis uxoris ad easque praestandas obligatione. Lips. 1762. Struben 4. B. 25. Bed. A. M. ist T. Erhardt de iure mariti in acquaest. uxoris per operas artificiales. [6.] L. 5. de R. N. (23. 2.) L. ult. C. de incol. (10. 39.). [7.] Daher die Frage auch controvers ist. Schott §. 182. not. 4. Glücks Comm. 6. B. §. 514. [8.] S. unten im Proceſs die Lehre von Procuratoren.

licher Verwalter und Nutznieser des gesammten Vermögens der Frau ist, darf hier nur vom gemeinen Recht die Rede seyn.

§. 410.

Eintheilung in dos, paapherna, receptitia.

Die Regel ist, daſs im Zweifel alles, was sich im Hause des Mannes oder in den Händen der Frau findet, als dessen ausschlieſsliches Eigenthum, oder als dem Vermögen desselben erworben anzusehen ist [1.]. Die Ehe hebt also das erweisliche Eigenthum derselben nicht auf. Hat die Frau, oder ein andrer Namens derselben, dem Mann Sachen zur Bestreitung der Lasten der Ehe gegeben, so werden diese Brautschatz (dos) genannt [2.]; alle übrigen Sachen der Frau heiſsen (Paraphernalien (bona parapherna) [3.]. Gibt die Frau dem Mann an den letzten gleichfalls Rechte, aber nicht zum Zweck der Ehe, so nennt man sie Paraphernalien, hingegen Spillgüter (bona receptitia), wenn sie sich daran ihre gesammten Rechte vorbehält [4.]. Von Sachen, welche in der ersten Ehe Brautschatz waren, wird in der Zweyten dieselbe Eigenschaft vermuthet [5.]; sonst aber streitet für den Brautschatz nicht die Vermuthung [6.], die Sachen mögen bey, oder nach Ein-

[1.] L. 51. de donat. int. V. et U, (24. 1.) L. 6. C. eod. (5. 16.) I. F. Eisenhard de reg. iuris, quod in casu dubio omnia bona mariti esse praesumenda sint, caute adhibenda. Helmst. 1771. A. a. Leyser de praesumtione Muciana Viteb. 1748. [2.] L. 7. L. 56. §. 1. L. 76. de iure dot. (23. 3.) L. 20. C. eod. (5. 12.) I. Goddäeus tr. de iure dotium. Marb. 1594. E. Wordenhoff de iure dot. Bas. 1648. I. Finestres de Monsalvo de eod. arg. Cervar. 1754. G. Mascov electa dotal. Goett. 1739. I. G. Geyert de iure et obligat. circa dot. Goett. 1785. [3.] L. 8. L. 11. C. de pact. convent. (5. 14.) ab Eyben de iure paraphernor. (op. P. 2.) Gaertner de iuris Roman. distinct. inter dotem et parapherna foris German. non accommodanda. Lips. 1729. Auch da, wo in Deutschland der Mann gesetzlicher Nutznieſser der Güter der Frau ist, lassen sich noch immer auſser der dos und bonis receptitiis sehr wohl bona parapherna s. str. möglich denken. A. M. ist Müller ad Leyser Obs. 532. [4.] L. 9. §. 3. h. t. (23. 3.) L. 8. L. 11. C. de pact. convent. (5. 14.) Grupen de uxore Rom. cap. 7. §. 7. [5.] L. 30. h. t. (23. 3.). Gail L. 2. Obs. 78. Mehrere beziehen dieſs Gesetz nur auf den Fall, wenn die erste Ehe unter Lebenden getrennt ward. Schroeter de dote in secundo matrimonio tacite renovata. Jen. 1723. [6.] H. G. Bauer bona uxoris

gehung der Ehe eingebracht seyn [7.], doch braucht es zur Errichtung eines Brautschatzes nicht grade namentlich einer Erwähnung desselben, da die Bestellung desselben auch stillschweigend geschehen kann [8.].

§. 411.

Ueber die Aussteuer.

Alle Sachen der Frau müssen Brautschatz oder Paraphernalien im allgemeinen Sinne seyn, also auch die bey uns gewöhnliche Aussteuer (apparatus, instructus muliebris). Ob sie das eine oder das andre sey, läfst sich im Allgemeinen nicht sagen, sondern muſs nach den Umständen entschieden werden [1.], und es ist ohne Grund, wenn manche sie unbedingt als Art des Brautschatzes behandeln [2.], und andre [3.] unbedingt das Gegentheil behaupten.

§. 412.

Brautgabe. Deren Arten.

Was zuvörderst die Brautgabe und deren Bestellung betrifft, so können dem Mann unter diesem Namen sowohl vor, als nach Eingehung der Ehe, jedoch im ersten Fall unter der stillschweigenden Bedingung, dafs die Ehe erfolge, alle Arten der Sachen gegeben werden [1.], selbst die gesammten Güter der Frau [2.]; in allen Fällen aber nur

paraphernalia esse praesumenda. Lips. 1762. Das unbedingte Gegentheil behaupten Meister de bon. uxor. ex iuris Rom. praesumt. non paraphernis sed dotal. Goett. 1769. Müller ad Leyser Obs. 532. 33. A. F. v. Ende, verm. jur. Abh. 1. Th. n. 13. [7.] Mit andern nimmt diese Unterscheidung an Leyser Sp. 302. m. 5. 6. [8.] L. 48. §. 1. de iure dot. (23. 3.).

[1.] Die Unbestimmtheit bey K. G. Rössig erste Grds. d. Deutsch. Priv. R. 7. Absch. 3. Kap. §. 3. ist daher recht. [2.] z. B. I. G. Estor de apparat. et instruct. muliebr. Marb. 1744. cap. 2. §. 65. Pufendorf T. 1. Obs. 206. Struben 1. B. 53. Bed. [3.] Grupen de uxore theod. cap. 3. §. 9. 16.

[1.] L. 6. §. 1. L. 7. §. 12. L. 21. L. 34. L. 42. L. 43. pr. L. 66. L. 81. h. t. (23. 3.) L. 12. C. eod. (4. 12.). C. H. Breuning an ususfr. in dot. dar. poss. Lips. 1771. Idem de nomine in dotem dato. Lips. 1771. Idem an in dotem nomen dari poss. Lips 1774. Idem quid intersit inter fundum et usumfruct. fundi in dotem datum. Lips. 1774. [2.] L. 4. C. h. t. (4. 12.)

so weit, als der, welcher die Brautgabe bestellt, die Befugnifs hat, das Recht, oder die Ausübung desselben einem andern zu überlassen [3.]. Kommt die Brautgabe aus dem Vermögen väterlicher Ascendenten, direct, oder indirect, so wird sie profectitia; in andern Fällen adventitia genannt [4.], und wenn ein Dritter sich als Besteller die Rückgabe bedungen hat dos receptitia [5.].

§. 413.

Wer mufs sie geben.

Der Brautschatz wird entweder freywillig versprochen und bestellt, oder vermöge gesetzlicher Vorschrift (dos voluntaria, necessaria). Eine solche gesetzliche Verpflichtung liegt ob 1.) dem Vater, und sodann den ehelichen Ascendenten von väterlicher Seite [1.], die natürliche Tochter mag noch unter der Gewalt seyn, oder nicht [2.], sowohl vor, als nach Eingehung der Ehe [3.], selbst dann, wenn sie ohne Schuld eine ihr bereits gegebene Brautgabe sollte verloren haben [4.]; doch hält man den Vater nicht dazu verpflichtet, wenn die Tochter sich der Enterbung würdig gemacht [5.], wenn sie wider den Willen des Vaters, unter Umständen, welche denselben zum Widerspruch berechtigten, geheyrathet [6.], oder selbst so viel Vermögen hat, um eine Aussteuer bestellen zu kön-

I. A. Neuber de dote omn. bonor. Lips. 1714. [3.] Lauterbach coll. L. 23. T. 3. §. 24. [4.] L. 5. h. t. (23. 3.). [5.] L. 31. §. 2. de mort. causs. donat. (39. 6.) Leyser Sp. 302. m. 16. C. M. Hofmann de dote recept. Alt. 1718.

[1.] L. 19. de R. N. (23. 2.) L. 7. C. de dot. promiss. (5. 11.) A. M. sind Wernher P. 5. Obs. 127. Leyser Sp. 303. m. 11. Müller ad Leyser Obs. 540 Allein s. A. L. Hombergk zu Vach de obligat. patr. ad constit. dot. non promiss. Marb. 1770. [2.] L. ult. C. de dot. prom. (5. 11.) Voet L. 23. T. 3. §. 12. A. M. ist Hofacker princ. T. 1. §. 420. Von der gleichfalls zu dotirenden Adoptiv-Tochter L. 5. §. 13. h. t. (23. 3.) kann der Satz natürlich nur während der Gewalt gelten. [3.] A. M. ist Leyser Sp. 303. m. 11. Stiglitz de necessitate patr. condit. filiab. quaerendi. Hal. 1757. [4.] M. Grass. de redotatione eiusque iure. Tub. 1726. A. M. ist F. C. Conradi de patre filiam, quae dot. amisit, iterum dotare non cogendo. Lips. 1728. [5.] Lauterbach coll. L. 23. T. 3. §. 14. 15. [6.] C. H. Breuning de dote filiae quae citra patris consens. nupsit. Lips.

nen [7.]; indeſs wird im letzten Fall, wenn der Vater eine Brautgabe schlechthin bestellt, vermuthet, daſs er sie von dem Seinigen gegeben habe [8.]. 2.) Der Mutter, jedoch nur aus wichtigen Gründen [9.]. 3.) Ehelichen Geschwistern, welche keine uterini sind [10.]. Endlich 4.) nach der Meynung vieler der wohlhabenden Frau selbst [11.].

§. 414.

Wem ist sie zu geben?

Das Versprechen des Brautschatzes kann sowohl dem Mann, als der Frau, oder deren Stellvertretern geschehen, die Bestellung desselben aber nur dem Mann, dessen Bevollmächtigten, oder den Ascendenten desselben, unter deren Gewalt er sich befindet [1.].

§. 415.

Gröſse derselben

Was die Gröſse der Brautgabe betrifft, so muſs man unterscheiden, ob darüber etwas ausgemacht ist, oder nicht. In jenem Fall bleibt es dabey; im letzten hingegen ist entweder die Verpflichtung schon an sich in den Gesetzen gegründet, oder nicht. Ist jenes so muſs der Richter das Maaſs nach dem Vermögen des Verpflichteten, und dem Stande der Eheleute bestimmen und das unbestimmte Versprechen ist dann insofern unnütz [1.]; ist hingegen dieſs, so ist entweder die Brautgabe schlechthin versprochen, oder nach billigem Ermessen. Im ersten Fall ist das Versprechen unnütz, im letzten aber entscheidet gleichfalls die richterliche Willkühr [2.].

1767. [7.] Müller Obs. 540. [8.] L. ult. C. de dot. prom. (5. 11.) Pufendorf T. 3. Obs. 150. A. M. ist Voet L. 23. T. 3. §. 16. [9.] L. 14. C. h. t. (5. 12.) L. 19. C. de haeret. et manich. (1. 8.). [10.] arg. L. 12. §. 3. de administr. tut. (26. 7.) Voet l. c. §. 14. [11.] Leyser Sp. 303. m. 2. 3. allein dawider ist L. 1. C. de dot. promiss. (5. 11.).

[1.] L. 57. L. 59. pr. h. t. (23. 3.).

[1.] L. 60. L. 69. §. 4. h. t. (23. 3.) L. 3. C. de dot. prom. (5. 11.) Im Concurse des Vaters ist das Versprechen wichtig Pufendorf T. 1. Obs. 66. [2.] L. 1. 3. C. de dot prom. (5. 11.) Müller ad Leyser Obs. 541.

§. 416.

Rechte des Mannes vor Bestellung der dos.

Die Rechte des Mannes vor Bestellung des Brautschatzes bestehen darin, daſs er nach eingegangener Ehe [1.], sofern ihm derselbe nach den Gesetzen, oder aus einem Versprechen gebührt, auf Bestellung desselben klagen kann, und zwar in jenem Fall durch sogenannte condictiones ex lege, unter Anführung des Gesetzes, worin die Verpflichtung des Beklagten gegründet ist, also im Fall gegen den Vater geklagt wird mit der condictio ex lege ult. C. de dot. promiſſione, in diesem durch die actio ex stipulatu [2.], mit welcher letzten auch die hypothecarische Klage verbunden werden kann [3.] Was insbesondere die Früchte und Zinsen einer bestimmt versprochenen Brautgabe betrifft, so muſs man unterscheiden, ob ein dies a quo zur Bestellung der Brautgabe gesetzt ist, oder nicht. In jenem Fall sind sie von diesem Tage zu zahlen; im letzten Fall hingegen ist der Vater oder ein Dritter erst zwey Jahre nach eingegangener Ehe deshalb verantwortlich [4.].

§. 417.

Nach deren Bestellung.

Was die Rechte und Verbindlichkeiten des Mannes in Betreff der bestellten Brautgabe anlangt, so ist zu unterscheiden, ob dieselbe aus fungibilen Sachen, und wenn sie aus andern Sachen besteht, ob sie dem Mann gegen einen Preis käuflich übergeben ist, oder nicht. In den ersten beyden Fällen wird er voller Eigenthümer, und die Gefahr der Sache geht sofort auf ihn über [1.], mit der einzigen Einschränkung, daſs die ihm käuflich überlassene Sache von der Frau aus seiner Concurs-Masse vindicirt werden kann, wenn sie ohne dieſs nicht im Stande ist, Befriedigung zu erhalten [2.]. Die käufliche Uebertragung

[1.] L. 4. §. 2. de pact. (2. 14.) L. 21. L. 68. h. t. (23. 3.). [2.] L. 4. L. 6. C. de dot. prom. (5. 11.). [3.] Nicht mit beyden Klagen wie Hofacker princ. T. 1. §. 430. sagt. L. un. pr. §. 1. C. de rei uxor. act. (5. 13). [4.] L. 31. § 2. C. de dot. prom. (5. 11.). Zum Theil sind abweichend Hofacker a. a. O. Müller ad Leyser Obs. 543. in Betreff des Vaters; aber das Gesetz ist allgemein.

[1.] L. 42. h. t. (23. 3.) L. 5. C. eod. (5. 12.). [2.] L. 30.

wird vermuthet, wenn die Brautgabe unter Bestimmung ihres Werthes auf den Mann übertragen ist (dos venditionis gratia aestimata); doch kann die Taxe auch zu dem Ende festgesetzt werden, um auf den Nothfall der Frau bey der Rückforderung den Beweis des verlohrnen Werthes der Sache zu erleichtern (dos taxationis gratia aestimata). Für die letzte Art der Taxe streitet aber nicht die Vermuthung [3.].

§. 418.

Fortsetzung. Sind die Sachen nicht fungibel, oder nicht käuflich übergeben, so erhält der Mann während der Ehe ein sogenanntes bürgerliches, und der Frau bleibt blofs ein, bey Auflösung der Eehe völlig wiederauflebendes ruhendes, oder natürliches Eigenthum [1.]. Kraft des ersten ist der Mann befugt, die Sachen zu administriren und die Frau darf sich deshalb von ihm keine Bürgschaft bestellen lassen [2.], er hat den Genufs der Hauptsache, und deren Accessionen [3.], er kann sie durch alle Arten der Klagen vertheidigen [4.]; auch kann er sie gültig ohne Zustimmung der Frau veräufsern [5.]. Nur blofs in Betreff unbeweglicher Sachen ist ihm die Veräufserung, und was derselben gleich ist

C. eod. Struben 1. B. 83. Bed. A. M. sind Leyser Sp. 311. m. 10. Struben 2. B. 83. Bed. Müller ad Leyser Obs. 551., allein wider die Gesetze und allgemeine Interpretations-Regeln. Coccejii I. C. L. 19. T. 3. qu. 8. [3.] L. 5. 10. 21. C. eod.

[1.] pr. I. quib. alienar. lic. vel non (2, 8.) L. 13. §. 2. de fundo dotal. (23. 5.) vergl. mit L. 75. h. t. (23. 3.) L. 30. C. eod. (5. 12.). Rebhan paralipom. Meierian. p. 165. Huber Digress. L. 4. c. 9. Finestres de iure dot. L. 4. n. 1. fgg. [2.] L. 18. §. 1. solut. matr. (24. 3.) L. 8. C. de pact. convent. (5. 14.) L. 2. C. ne fideiussor. dot. dent. (5. 20). Ueber die angebliche jetzige Unanwendbarkeit der letzten Vorschrift s. Leyser Sp. 323. m. 8. Müller Obs. 868. Eisenhard de fideiussor dot. §. 9. (in opusc.). [3.] L. 7. pr. L. 10. §. 2. h. t. (23. 3.) L. 20. C. eod. (5. 12.) L. 7. §. 12. solut. matr. (24. 3.). [4.] L. 18. §. ult. eod. L. 24. de act. rer. amotar. (25. 3.) L. 49. §. 1. de furt. (47. 2.). [5.] arg. pr. I. quib. al. lic. vel non (2. 8.) L. 1. C. de servo pignor. dat. (7. 8.) L. 3. C. h. t. (5. 12.) L. 3 §. 2. de suis et legit. (38. 15.). Andere Ideen haben in Betreff nicht fungibiler beweglicher Sachen Hellfeld iur. for. §. 1236. Lobethan Eherecht S. 119. allein s. Voet L. 23. T. 3. §. 4. Vinnius

[6.], schlechthin verboten, selbst wenn die Frau einwilligt [7.], oder nach zwey Jahren ihre Einwilligung wiederholt [8.]. Der Mann kann jedoch selbst eine solche nichtige Veräufserung nicht anfechten [9.].

§. 419.

Fortsetzung.

Die Veräufserung eines unbeweglichen Dotal-Stücks ist und wird jedoch in einigen Fällen gültig, nämlich a.) wenn sie vermöge einer Rechtsnothwendigkeit geschah [1.]. b.) Wenn die Veräufserung wirklich zum Nutzen der Frau ausfiel [2.]. c.) Wenn die Frau ihre Einwilligung eydlich ertheilte [3.]. d.) Wenn die Frau Erbin des Mannes wird, oder dieser nachher volle Eigenthumsrechte über die veräufserte Sache erhält [4.]. e.) Wenn die Obrigkeit ihre Zustimmung gegeben hat [5.].

§. 420.

Pflichten des Mannes.

Wegen des ruhenden Eigenthums der Frau ist dagegen der Mann in Ansehung aller, nicht in sein unbeschränktes Eigenthum übergehender Sachen, verpflichtet, sich der geringsten Versehen zu enthalten [1.], und den positiven Fleifs nicht zu versäumen, welchen er auf seine eignen Sachen zu wenden pflegt [2.]. Geringe Versehen werden ihm nur dann

ad pr. I. L. 2. T. 8. [6.] L. 5. 6. 7. 16. de fundo dotal. (23. 5.). [7.] pr. I. quib. alien. lic. vel non (2. 8.) L. un. §. 15. C. de rei uxor. act. (5. 13.) G. H. Boettcher vicissitud. iur. Rom. circa oblig. et alienat. fundi dotal. Goett. 1797. 8. [8.] Struben 5. B. 100. Bed. Müller ad Leyser Obs. 550. A. M. ist Voet L. 23. T. 5. §. 6. wegen Nov. 61. c. 1. §. 1. 2. Allein s. Nov. 134. c. 8. [9.] Vermöge §. 169. und L. penult. de fundo dotal. (23. 5.) L. 42. de usurp. (41. 3.) Stryk U. M. L. 23. T. 5. §. 7. A. M. ist Lauterbach de fundo dotal. §. 27. 29.

[1.] L. 1. pr. de fundo dotal. (23. 5.) L. 2. C. eod. (5. 23.). Leyser Sp. 311. m. 15. [2.] L. 26. 27. h. t. (23. 3.). So ist Leyser l. c. mit Müller Obs. 552. zu vereinigen. [3.] Vermöge §. 96. [4.] L. 13. §. ult. L. 17. L. pen. de fund. dot. (23. 5.) L. 14. C. de R. V. (3. 32.). [5.] Claproth iurispr. extrai. §. 180.

[1.] L. 26. §. 1. L. 56. pr. L. 67. solut. matrimon. (24. 3.). [2.] L. 17. pr. de iur. dot. (23. 3.).

verziehen, wenn die Frau in Betreff der Zurückforderung der Sachen säumig war [3.]. Der, an solchen Sachen sich ereignende Zufall trifft ihn aber nicht [4.], doch muſs er für den Genuſs der Sachen die damit verknüpften Lasten tragen [5.].

§. 421.

Rechte an den Paraphernalien.

In Rücksicht der Paraphernalien hat der Mann nur die Rechte, welche ihm die Frau daran eingeräumt hat [1.], und kann darüber Rechnung abzulegen gezwungen werden [2.]. Er kann jedoch wegen solcher Sachen als vermutheter Anwald handeln [3.], und im Nothfall die Alimente aus denselben verlangen [4.], auch dieselben mit Einwilligung der Frau veräuſsern [5.]

§. 422.

c.) Besondere Rechte der Frau.

Was c.) die besonderen Rechte der Frau betrifft, so nimmt sie A.) an dem Range und Stande des Mannes, dessen Gerichtsstande, und, wenn sie mit ihm gleicher Religion ist, an dessen Parochial-Verhältnissen Theil [1.]. Sie kann ferner B.) verlangen, daſs der Mann in allen sie betreffenden Rechtssachen ihre Vertheidigung übernimmt [2.]. C.) In Betreff der Dotal-Sachen hat sie während der Ehe nur wenig wirksame Rechte. Das wichtigste ist, daſs sie wegen derselben ein gesetzliches, privilegirtes Pfandrecht hat [3.]. Auſserdem kann sie, obgleich ihr

[3.] L. 9. L. 26. solut. matrim. (24. 3.). [4.] L. 10. 14. 15. 16. 42. h. t. (23. 3.) L. 30. C. eod. (5. 12.). [5.] L. 13. de impens. in rem dotal. fact. (25. 2.).

[1.] L. 9. §. 4. h. t. (23. 3.) L. 8. C. de pact. convent. (5. 14.) I. G. Rütter ius mariti circa bona paraph. ex LL. Rom. et patriis illustrat. Goett. 1781. [2.] L. 95. pr. ad Leg. Falcid. (35. 2.). [3.] L. 21. C. de procur. (2. 13.). [4.] L. 29. C. h. t. (5. 12.). [5.] L. 6. C. de revoc. donat. (8. 56.) Stryk U. M. L. 23. T. 5. §. 6. Viele behaupten vermittelst eines unpassenden analogischen Schlusses von der dos das Gegentheil. Höpfner Comm. §. 418. not. 6.

[1.] L. 65. de iudic. (5. 1.) L. 8. de R. N. (23. 2.) L. 10. C. de nupt. (5. 4.) L. 13. C. de dignit. (12. 1.) I. P. v. Ludewig de differ. iur. Rom. et germ. in dignit. uxor. Hal. 1718. [2.] L. 2. de iniur. (47. 10.). [3.] S. unten die Lehre vom

in der Regel die Abforderung der Brautgabe vor dem Mann oder einem Dritten untersagt ist [4.], wenigstens dann ihre Rechte geltend machen, wenn der Mann anfängt, unsicher zu werden, wenn er die Brautgabe nicht verwalten kann, oder wenn sie nahen Verwandten Alimente zu geben hat; doch kann sie nach der Restitution nicht nach Willkühr über die Substanz schalten [5.]; auch befreyet eine unbewegliche Brautgabe sie von Cautions-Leistungen im Procefs [6.]. Die Frage: ob sie an den, mit Dotal-Geldern vom Mann erkauften Sachen durch ein besonderes Vorrecht ein Eigenthum erlange? Kann aus den sich hierüber widerstreitenden Gesetzen [7.] nicht durch Vereinigung, sondern nur durch Vorziehen des Codex verneinend entschieden werden [8.]. D.) Wegen der Paraphernalien hat sie ein gesetzliches Pfandrecht [9.].

§. 423.

Besonders an der donatio propter nuptias.

Die Frau, welche dem Mann eine Brautgabe zugebracht hat, kann E.) verlangen, dafs der Mann ihr eine jetzt sogenannte donatio propter nuptias [1.] einräume, zunächst zu dem Zweck, dafs sie, wenn der Mann verarmt, sich und ihre Kinder davon ernähren könne [2.]. Auch der Vater des Mannes ist dazu ver-

Pfandrecht. [4.] L. 30. C. de iur. dot. (5. 12.). [5.] L. 73. §. 1. de iur. dot. (23. 3.) L. 20. L. 22. §. 8. L. 24. pr. sol. matr. (24. 3.) L. 20. 29. 30. C. de iure dot. (5. 12.) L. 1. C. de repud. (5. 17.) Nov. 97. c. 6. Berger L. 2. Resp. 130. Carpzov P. 2. c. 24. Def. 11. Leyser Sp. 317. H. Hildebrand de dote repetenda constante matr. Jen. 1706. C. F. Hauck de uxore dotem constante matrim. repetente. Lips. 1757. [6.] L. 15. §. 3. qui satisd. cog. (2. 8.). [7.] L. 54. de iure dot. (23. 3.) L. 12. C. eod. (5. 12.). [8.] Mancherley Vereinigungsversuche s. bey Faber coni. L. 5. c. 9. Cocceii L. 23. T. 3. qu. 7. Hofacker princ. T. 1. §. 445. Klüber kl. iur. Bibl. v. J. 1786. S. 168—90. Dabelow v. Concurse 2te Aufl. S. 368—72. [9.] S. unten die Lehre vom Pfandrecht.

[1.] C. G. Hofmann de donat. propt. nupt. Lips. 1736. a. Winterfeld histor. iur. Rom. de donat. propt. nupt. Frkf. ad V. 1776. I. Rave de vera indole donat. propt. nupt. Jen. 1762. Schorch de don. propt. nupt. Rom. ejusque orig. Erf. 1787. Pufendorf T. 2. Obs. 39. T. 4. Obs. 157. [2.] §. 3. I. de donat. (2. 7.) L. 19. 20. C. de donat. ante nupt. (5. 3.).

pflichtet [3.]; doch kann die Bestellung derselben erst nach Illation der Brautgabe verlangt werden [4.], und das Maafs darf nie die Gröfse der Brautgabe und deren Vermehrung übersteigen [5.]. Während der Ehe ruhet das Recht der Frau so lange, bis der Mann verarmt. Dann kann sie die Sachen von ihm sowohl als jedem Dritten Besitzer abfordern, um sich die Früchte derselben zuzueignen [6.]; auch hat sie zur Sicherheit dieser ihrer Rechte ein Pfandrecht am übrigen Vermögen des Mannes [7.], welcher, ohne dafs seine Nachlässigkeit der Frau schadet, noch besonders verpflichtet ist, jede solche Schenkung, wenn sie 500 Aureos übersteigt, gerichtlich anzuzeigen [8.]. In Deutschland ist diefs ganze Institut fast überall aufser Gebrauch gekommen [9.]. Von dem, an die Stelle desselben getretenen Witthum, dem Leibgedinge, und der Morgengabe ist im Deutschen Recht zu handeln.

§. 424.

B.) Rechte der Ehegatten während eines Scheidungs-Processes.

B.) Durch einen angefangenen und obschwebenden Scheidungs-Procefs ist die Ehe selbst noch nicht aufgehoben. Alle Wirkungen derselben müssen mithin fortdauren, sofern nicht etwa ein Theil interimistische Verfügungen z. B. einstweilige Separation auswirken sollte. Der Theil, welcher in der Lage ist, von dem andern Alimente fordern zu dürfen, kann sie daher auch während des Processes verlangen [1.]. Aus eben dem Grunde mufs der Mann, als gesetzlicher Schützer seiner Frau derselben die Procefs-

[3.] Nov. 74. c. 4. Nov. 117. c. 4. [4.] Nov. 91. c. 2. [5.] Nov. 97. c. 1. Ueber den Nichtgebrauch dieses Satzes s. Pufendorf T. 2. Obs. 39. §. 23. T. 3. Obs. 121. [6.] L. 20. L. 29. C. de iure dot. (5. 12.) Sind die Sachen unbeweglich, so darf sie der Mann nicht einmal mit Zustimmung der Frau veräufsern. Nov. 61. [7.] Nov. 61. c. 1. Nov. 109. c. 1. T. K. Reinhardt de uxore in donat. propt. nupt. neque dominium neque tacitam hypoth. habente. Erf. 1729. Heineccius de uxore Roman. per propter nupt. donat. de alimentis tantum secura. Hal. 1740. I. F. Kees de iurib. uxor. in don. propt. nupt. Lips. 1779. [8.] Nov. 119. c. 1. [9.] Müller ad Leyser Obs. 544.

[1.] I. G. Hennig von der Alimentation der Eheleute und den Kosten während des Scheidungs-Processes. Wittenb. u. Zerbst

Kosten vorschiefsen. Die Behauptung mancher [2.], dafs er hievon frey sey, wenn er die Frau des Ehebruchs durch sofort wahrscheinlich gemachte Gründe beschuldigt habe, läfst sich mit strengen Rechtsbegriffen nicht vereinigen [3.].

§. 425.

C.) Verhältnifs nach getrennter, und zwar a.) nach einer für nichtig erklärten Ehe.

Was endlich C.) die Wirkung der Ehe nach Aufhebung derselben betrifft, so mufs man unterscheiden: A.) ob sie für gleich Anfangs nichtig erklärt, oder b.) erst wegen neuer Umstände aufgehoben wird. In jenem mufs natürlich alles in den vorigen Stand versetzt werden, und jeder mufs das Empfangene zurückgeben; doch kann der, welcher durch Schuld des andern verletzt ist, nach allgemeinen Grundsätzen seine Forderungen geltend machen [1.].

§. 426.

b.) Wenn sie rescindirt wird; und zwar A.) durch den Tod.

Wird das Eheband in der Folge aufgelöst, so müssen, wie es sich von selbst versteht, im Ganzen die Wirkungen desselben wegfallen; indefs bleibt nach Umständen manches hievon übrig, auch treten manche neue Folgen ein. Wird A.) die Ehe durch den Tod getrennt, so kann a.) jeder der Ehegatten zur zweyten Ehe schreiten, und zwar nach dem Kanonischen Recht, nicht aber nach den Grundsätzen der Protestanten, ohne eine neue Einsegnung [1.]; doch sind damit, und mit der Heyrath der Wittwe innerhalb des Trauerjahrs mancherley Nachtheile verknüpft [2.]. b.) Beyde Ehegatten beerben sich unter gewissen Umständen ab intestato.

1782. [2.] Leyser Sp. 313. m. 7. Müller Obs. 55. [3.] S. Stryk de decret. interimist. cap 2. n. 121. Reinhardt ad Christineum Vol. 5. Obs. 30.

[1.] L. 8. de cond. caussa dat. (12. 4.) L. pen. L. ult. de condict. sine causs. (12. 7) L. 1. §. 2. pro dote (41. 9.) L. 10. C. de repud. (5. 17.).

[1.] cap. 3. X. de secund. nupt. (4. 21.). I. C. Koch de secund. nupt. non benedicendis (opusc. iur. can. n. 5.). [2.] S. oben §. 359. 364.

Die weitere Ausführung dieses Satzes unten in der Lehre vom Erbrecht.

§. 427.

Fortsetzung.

c.) Die Frau behält den Rang und Gerichtsstand des Mannes, sofern sie nicht zur zweyten Ehe schreitet [1.], sich keine Unzucht zu schulden kommen läſst [2.], und den gemeinen Gerichtsstand nicht durch Aenderung des Wohnsitzes aufgibt [3.]. Auch kann sie d.) die Sachen des Mannes retiniren, bis sie wegen ihrer Brautgabe befriedigt ist [4.].

§. 428.

Besonders über Rückgabe der dos.

Endlich kann e.) nach Trennung der Ehe jeder Theil die ihm gehörenden Sachen zurückfordern, und zwar, was zuvörderst die Brautgabe betrifft [1.], in den Fällen, da durch den Tod das Eigenthum der Frau wieder auflebt, sofern sie selbst und ihre Stellvertreter klagen, durch die rei vindicatio [2.], oder die, an die Stelle der actio rei uxoriae, auch im Fall gänzlich fehlender Verabredung, gesetzte actio ex stipulatu [3.], sofern hingegen ein Dritter sich die Rückgabe bedungen hat, durch die aus dem Versprechen entstehende Klage [4.].

§. 429.

Wer kann sie verlangen?

Nicht immer kann die Frau selbst, oder allein die Brautgabe zurückfordern. Man unterscheide I.) die dos adventitia kann 1.) von dem dritten Geber zurückgefordert werden, wenn er sich sofort bey Bestellung derselben dieſs bedung [1.].

[1.] L. 22. §. 1. ad municip. (50. 1.). [2.] Lauterbach coll. L. 23. T. 3. §. 88. [3.] Glücks Comm. §. 520. b. not. 38. [4.] L. 29. C. de iure dot. (5. 12.) Hering de retent. in securitat. dotis permissa. Rost. 1745. G. N. Ittig de vidua usque dum ipsi satisfiat ex mariti bonis sustentanda. Vit. 1748.

[1.] P. Barbosa tr. ad Tit. solut. matr. Frkf. 1625. Fol. I. U. Stieber de repet. dot. Basil. 1728. I. H. Rais de repetit. dot. Giess. 1741. E. C. Westphal v. d. Anfall des Heyrathsg. nach getrennter Ehe. Hal. 1779. [2.] L. 30. C. de iur. dot. (5. 12.). [3.] §. 29. I. de act. (4. 6.) L. un. pr. §. 1. 2. C. de rei ux. act. (5. 13.). [4.] L. un. §. 13. C. cit.

[1.] L. 29. §. 1. sol. matr. (24. 3.) L. un. §. 13. de rei uxor. act.

2.) Ist diefs nicht der Fall, so fordert A.) die lebende, der väterlichen Gewalt entlassene, Tochter die Brautgabe allein zurück, und wenn sie noch unter der Gewalt ist der Vater Namens derselben, oder sie selbst, wenn der Vater abwesend ist; ward aber B.) die Ehe durch den Tod getrennt, so treten jetzt an die Stelle der Frau deren Erben [2.]. Was II.) die dos profectitia betrifft, so ist zu unterscheiden 1.) der Vater hat bey Bestellung der Brautgabe, oder auch nachher, aber vor Eingehung der Ehe, sich selbst die Rückgabe bedungen, oder erlaubt, dafs ein andrer sich dieselbe bedinge: dann geht es nach dem Vertrage [3.]; 2.) Es ist diefs nicht der Fall. Dann ist weiter zu unterscheiden: A.) die Tochter ist unter des Vaters Gewalt, und zwar a.) lebend, dann fordert der Vater mit ausdrücklicher oder stillschweigender Zustimmung derselben die Brautgabe zurück [4.], doch kann er sie wegen schlechter Sitten ausschliefsen, so wie die Tochter, wenn der Vater moralisch verdorben, oder nicht im Stande ist, sein Recht geltend zu machen, allein klagen kann [5.]. Ist aber b.) die Tochter gestorben, so klagt der Vater allein [6.]. War dagegen B.) die Tochter emancipirt, und lebte sie a.) bey Trennung der Ehe, so hat sie allein [6.], sonst aber b.) wenn ihr Tod die Ehe trennt, der Vater ein ausschliefsliches Klagrecht, und zwar nach den Gesetzen selbst dann, wenn die Tochter Kinder hinterlassen hat [7.]. Lebt der Vater aber selbst nicht mehr, wenn die Tochter stirbt, so fällt natürlich die Brautgabe in diesen beyden Fällen auf deren Erben [8.].

(5. 13.). [2.] L. 2. pr. §. 1.2. L. 3. L. 30. L. 35. sol. matr. (24. 3.) L. un. §. 6. 13. cit. [3.] L. 22. L. 29. h. t. (24. 3.) L. un. §. 14. de rei uxor. act. (5. 13.) Nov. 97. c. 5. pr. [4.] L. un. §. 13. 14. cit. L. 2. §. 1. L. 3. h. t. (24. 3.). [5.] L. 2. §. 1. 2. L. 3. L. 22. §. 1. L. 34. L. 37. eod. [6.] L. 6. de iur. dot. (23. 3.) L. 4. C. sol. matr. (5. 18.) L. un. §. 11. 14. C. de rei ux. act. (5. 13.). Voet L. 24. T. 3. §. 7. [7.] L. 17. ad SCt. Mac. (14. 6.) L. 26. §. 2. de pact. dotal. (23. 4.) L. 71. de eviction. (21. 2.) L. 10. L. 59. solut. matr. (24. 3.) L. 6. de iure dot. (23. 3.) L. 5. de divort. (24. 2.). Faber coni. L. 3. c. 4. sqq. Merenda controv. L. 3. c. 5. Pufendorf T. 1. Obs. 69. T. 4. Obs. 137. A. M. sind, mit G. v. dem Busche exerc. qua dos profectit. vivo patre liberis ex filia emancipata in matrimon. mortua superstitibus iure communi vindicatur. Goett. 1749. die mehrsten Praktiker Leyser Sp. 319. m. 1. Struben 3. B. 19. Bed. [8.] arg. der not. 5. 6. cit. Gesetze.

§. 430.

Von wem? Der Beklagte ist bey Rückforderung der Brautgabe jeder, welcher sich dieselbe hat bestellen lassen, oder sich wegen der Rückgabe verbindlich gemacht hat, und dessen Erbe, so wie jeder, welcher die Brautgabe wirklich besitzt [1.].

§. 431.

Leistungen des Beklagten. Wird der Beklagte blofs als Besitzer auf Herausgabe belangt, so kann natürlich nach Umständen nichts weiter von ihm gefordert werden, als was von jedem Besitzer in gutem oder bösem Glauben verlangt werden kann. Ist er aber dazu besonders verpflichtet, so mufs er 1.) wenn die Sachen in sein volles Eigenthum übergegangen sind (§. 417.), die empfangenen fungibilen Sachen in gleicher Maasse und Güte, und für andre deren bestimmten Preis wiedergeben [1.]. Hat er sich vorbehalten, den Werth oder die Sachen zu restituiren, und die letzten existiren noch, so kann er sich durch Herausgabe derselben, selbst wenn sie verschlimmert sind, befreyen [2.], auch kann die Insolvenz des Mannes die Frau berechtigen, die käuflich gegebenen Sachen zu vindiciren [3.]. Sind aber 2.) die Sachen in specie zu restituiren, so mufs A.) die Hauptsache selbst mit allen Accessionen herausgegeben werden [4.]. Ist sie ohne Schuld des Mannes abgenutzt, oder consumirt, so braucht er den Werth nicht zu geben [5.]. Dasselbe findet nach dem Recht der Pandekten Statt, wenn die Frau Kleider als Brautgabe eingebracht hat [6.], wiewohl Justinian nach seinen Grundsätzen über den sogenannten Quasi - Ususfructus der Kleider [7.] diese Bestimmung [8.] sehr inconsequent

[1.] L. 22. §. 12. L. 31. L. 46. L. 55. sol. matr. (24. 3.) L. 2. L. 9. C. eod. (5. 18.).

[1.] L. 42. de iure dot. (23. 3.) L. 5. C. eod. (5. 12.). [2.] L. 10. §. ult. L. 11. de iure dot. (23. 3.). [3.] S. oben §. 417. [4.] L. 10. §. 1. de iure dot. (23. 3.) L. 21. C. eod. (5. 12.). [5.] L. 10. 17. de iur. dot. (23. 3.) L. 49. §. 1. solut. matrim. (24. 3.). [6.] Eine solche datio vestiment. in dotem kann Statt finden, wie in L. 10. pr. de iure dot. (23. 3.). Das blofse Mitbringen gehört aber noch nicht dahin. [7.] §. 2. I. de usufr. (2. 4.). [8.] Sie steht L. 10. §. ult. L. 11. de iure dot. (23. 3.), aber doch ist der Satz controvers. Vergl. Ley-

beybehalten hat. Der Mann kann ferner B.) wegen jedes, seiner Schuld beyzumessenden Schadens verantwortlich gemacht werden [9.]. Endlich können C.) die über die Zeit der Ehe gezogenen Früchte, nebst 4. pct. Verzugszinsen von ihm gefordert werden [10.]. Das Ende der Ehe ist der Punkt, wo sein Recht auf die Früchte aufhört, der Augenblick der Bestellung der Brautgabe aber, oder, wenn sie vor der Ehe bestellt war, der Augenblick der Eingehung der Ehe, ist der Punkt, wo es anfängt [11.].

§. 432.

Zeit der Einforderung.

Ist über die Zeit der Rückgabe des Brautschatzes nichts ausgemacht, so können körperliche unbewegliche Sachen sofort, andre aber erst ein Jahr nach getrennter Ehe zurückgefordert werden [1.]. Die gemeine Behauptung [2.], daſs die Frau dafür, wenn sie es bedürfe, ein Jahr die Alimente aus der Masse fordern könne, ist, wenn die Früchte der Sachen nicht so viel betragen, offenbar widernatürlich.

§. 433.

Beweis des Klägers.

Die Rückforderungs-Klage setzt aber vor allen Dingen den Beweis der Illation voraus, welche in manchen Fällen durch eine Handschrift des Mannes unumstöſslich dargethan werden kann [1.]. Gegen die, denen der Mann etwas zu geben schuldig ist, kann aber eine solche Handschrift um so weniger etwas beweisen, da derselben nicht bloſs der Verdacht der Partheylichkeit für die Frau entgegen steht, sondern auch der entscheidende Umstand, daſs der Mann, als Nutz-

ser Sp. 304. m. 3. 4. Hommel rhaps. Obs. 60. und dawider Pufendorf T. 1. Obs. 206. §. 17 — 21. Müller ad Leyser Obs. 301. [9.] Vergl. oben §. 420. [10.] L. 7. §. 1. 2. 3. L. 5. L. 31. §. ult. sol. matr. (24. 3.) L. un. §. 7. 9. C. de rei uxor. act. (5. 13.) Cuiac Obs. L. 14. c. 22. Suerin repet. lect. c. 32. (Otto Thes. T. 4.) Cocceii I. C. L. 24. T. 3. qu. 2.). [11.] L. 7. §. 1. de iure dot. (23. 3.) L. 7. §. 1. L. 11. L. 31. §. ult. solut. matr. (24. 3.).

[1.] L. un. §. 7. C. de rei uxor. act. (5. 13.). [2.] Westphal v. Anf. des Heirathsg. §. 23.

[1.] Die Entwicklung dieser Sätze folgt unten in der Lehre von

nießser der, nicht in seinen Concurs zu ziehenden Brautgabe auf einen möglichen Fall eine solche Handschrift zu seinem eignen Vortheil ausstellt [2.].

§. 434.

Gegenforderungen des Beklagten.

Der Beklagte kann aber auch unter Umständen mancherley Gegenansprüche machen. Nämlich 1.) steht gewissen Personen die Wohlthat der Competenz zu [1.], auch kann 2.) für manche Verwendungen Entschädigung gefordert werden. Man unterscheide: A.) sind die Verwendungen und Auslagen auf die Früchte, und in Rücksicht derselben gemacht, so erhält der Beklagte keine Vergütung, wenn sie nicht auf die zu restituirenden Früchte gewandt sind [2.]. B.) Sind sie auf die Sache selbst gewandt, so sind sie entweder a.) nothwendige. Diese werden dem Mann vergütet, wenn sie bedeutend [3.], und außerordentlich waren, wie z. B. Proceßs-Kosten [4.], nicht aber wenn sie nach der Natnr der Sache als etwas gewöhnliches nöthig waren, um dieselbe zu erhalten [5.]. Wegen der ersten kann der Beklagte entweder die Einrede der Compensation, oder Retention vorschützen [6.], oder nach Herausgabe des Brautschatzes als Bezahler einer Nichtschuld, als Geschäftsführer, oder, wenn er Auftrag hatte, als Bevollmächtigter dieselben klagend verfolgen [7.]. Auch b.) wegen der wirklich, aber nicht im Uebermaaßs aufgewandten nützlichen Auslagen kann Vergütung gefordert werden [8.]; aber der Beklagte darf sie nicht durch Einreden verfolgen, sondern ist unbedingt gehalten, die Sache herauszugeben, und sodann

der Beweiskraft der Urkunden. [2.] Ueber die Ideen anderer s. Struben 4. B. 107. Bed. Hommel Rhaps. Obs. 435. Müller ad Leyser Obs. 572. 573. Dabelow v. Concurs. 2. Aufl. S. 618.

[1.] S. oben §. 89. a. E. [2.] L. 3. §. 1. L. 13. §. ult. de impens. in rem dotal. (25. 1.) Maiansius de expens. in rem dot. fact. (Disp. T. 1.) Voet L. 25. T. 1. §. 5. [3.] L. 12. eod. [4.] L. 3. eod. Wernher lect. c. L. 25. T. 1. §. 2. Müller ad Leyser Obs. 575. A. M. ist Leyser Sp. 321. m. 5. [5.] L. 4. L. 15. eod. [6.] L. 5. eod. L. 56. §. ult. de iure dot. (23. 3.) L. un. §. 5. C. de rei uxor. act. (5. 13.) Faselius vom Ret. R. §. 17. A. M. ist Voet l. c. §. 1. [7.] L. 5. §. 2. L. 12. h. t. (25. 1.) L. 7. §. ult. solut. matr. (24. 3.). [8.] L. 8. h. t. (25. 1.) L. 25. de pignor. act (13. 7.).

als Geschäftsführer oder Mandatar auf Entschädigung zu klagen [9.]. Endlich c.) wegen der zierenden Verwendungen kann, selbst wenn sie mit Willen der Frau gemacht sind, nichts gefordert werden, es sey denn, daſs die Frau der, dem Mann erlaubten unschädlichen Trennung derselben widerspräche [10.].

§. 435.

Rückforderung anderer Sachen.

Wegen der übrigen Sachen muſs sich jeder Theil der gewöhnlichen Rechtsmittel bedienen [1.]. Nur im Fall eines Diebstahls finden besondere Grundsätze Statt. Geschah er vor der Ehe, so findet nach Aufhebung derselben nur die condictio furtiva Statt [2.]; Geschah er in der Ehe, und zwar in Erwartung der Ehescheidung, ſo haben der Bestohlne und dessen Erben die actio rerum amotarum directa [3.]; geschah er hingegen in Erwartung des Todes, so stellt der Bestohlene selbst diese Klage utiliter an [4.], der Erbe desselben hat aber nur die hereditatis petitio, actio ad exhibendum, und condictio ob injustam caussam [5.]. Gegen den entwendenden Ehegatten geht die actio rerum amotarum auf Restitution der Sachen nebst Zubehör, oder deren Werth ohne daſs er sich auf die Wohlthat der Competenz berufen kann [6.], gegen dessen Erben aber bey den Römern nur so weit, als der Diebstahl sie bereichert [7.], welches jetzt aber wegfällt [8.]. Wegen eines nach getrennter Ehe begangenen Diebstahls stehen alle gewöhnlichen Rechtsmittel offen [9.].

§. 436.

B.) Folgen nach Auf-

Wird die Ehe B.) durch Eintritt in geistliche Orden aufgehoben, so ist es anzusehen,

[9.] L. un. §. 5. C. de rei uxor. act. (5. 13.). Cocceii I. C. L. 25. T. 1. A. M. ist in Betreff der Einrede der Compensasion Lauterbach coll. L. 25. T. 1. §. 10. [10.] L. 9. 10. 11. h. t. (25. 1.) L. un. §. 5. C. cit.

[1.] L. 9. §. 2. de iure dot. (23. 3.). [2.] L. 3. §. 2. de act. rer. amot. (25. 2.). [3.] L. 6. §. 3. eod. [4.] L. 21. pr. eod. [5.] L. 6. §. 5. L. 22. §. 1. eod. [6.] L. 1. L. 3. §. 3. L. 17. L. 21. §. ult. eod. L. 2. C. eod. (5. 21.). [7.] L. 6. §. 4. D. L. ult. C. loc. cit. Faber Err. pragm. D. 8. Er. 1. [8.] S. oben §. 293. [9.] L. 3. pr. D. l. c.

hebung der Ehe durch Ordensgelübde.

als ob sie durch den Tod getrennt wäre, das Vermögen des Recipirten fällt, wenn keine Kinder vorhanden sind, dem Kloster zu, der andre Theil aber fordert, wie bisher angegeben, seine Sachen zurück, auch kann er das ihm auf den Fall des Todes Versprochene fordern, und zu einer zweyten Ehe schreiten [1.].

§. 437.

C.) Folgen der Ehescheidung.

Hebt endlich C.) eine richterliche Scheidung die Ehe auf, so ist eben dadurch alles, was vorhin als Folge der Ehe angegeben ward, vernichtet, und die von den Gesetzen auf den Fall der Trennung durch den Tod den Ehegatten gegebenen Vorrechte können nicht hieher gezogen werden; doch kann alles in den vorigen Stand gesetzt werden, wenn die geschiedenen Eheleute, welche aber inzwischen nicht geheyrathet haben dürfen, sich wieder unter der gehörigen Form verbinden [1.]. Auch versteht es sich von selbst, daſs jeder sein Vermögen im Ganzen eben so, als ob der Tod die Ehe getrennt hätte, zurückziehen kann, so wie alles, was er dem andern als Ehegatten versprochen hat [2.]. Nach deutschen Sitten pflegt die Frau den Namen des Mannes zu behalten.

§. 438.

Besonders in Betreff des Schuldigen.

Es treffen jedoch den schuldigen Ehegatten mancherley Nachtheile. Nämlich 1.) der unschuldige Theil kann, wenn es seine Religion erlaubt [1.], nach der Scheidung wieder heyrathen, der schuldige hingegen nicht ohne besondere Dispensation [2.]; auch sind 2.) die Kinder bey dem unschuldigen auf Kosten des schuldigen zu erziehen [3.],

[1.] L. 53. §. 3. L. 56. C. de episc. et clericis (1. 6.) Nov. 22. c. 5. Nov. 117. c. 10. Westphal v. Anfall d. Heirathsg. §. 10. Dabelow Eher. §. 331 — 333.

[1.] 3. B. Mos. 24. 4. L. 7. C. de nupt. (5. 4.) Boehmer I. E. P. L. 4. T. 19. §. 47. [2.] L. 8. §. 4. 7. L. 11. C. de repud. (5. 17.).

[1.] Schnaubert Beytr. 1. Thl. 1. Abh. Schott Eher. §. 221. [2.] Wernher P. 1. Obs. 204. Carpzov iurispr. consist. L. 3. Def. 271. [3.] L. un. C. divort. facto ap. quem

sofern es der Richter nicht ungerathen findet. 3.) Bey jeder, selbst wegen vollgültiger Rechtsvermuthungen erkannten Ehescheidung [4.], verliert die schuldige Frau zur Strafe die Brautgabe, der Mann die donatio propter nuptias, oder, wenn dergleichen nicht da ist, ¼ des ganzen Vermögens; jedoch dann nie über 100 Pfund Goldes. Sind Kinder da, so erhalten diese daran die Proprietät, und der unschuldige Ehegatte bekommt nur einen lebenslänglichen Nieſsbrauch, sonst aber das volle Eigenthum. Diese Strafe tritt ein, der schuldige Theil mag nun einen Ehebruch, oder ein anderes Vergehen begangen haben [5.]. 4.) Hat die Frau einen Ehebruch begangen, so erhält der Mann auſserdem ⅓ des ganzen Vermögens derselben, wenn die Frau aus der Ehe keine Kinder hat, denn ist das letzte, so erhalten die Kinder (als adventitium) das ganze Vermögen der Mutter. Dieselbe Strafe trifft umgekehrt unter denselben Beschränkungen den Mann, welcher einen Ehebruch begangen, oder die Frau fälschlich desselben angeklagt hat [6.].

§. 439.

Fortsetzung.

Diese sogenannten Privations-Strafen können nach allgemeinen Grundsätzen (§. 293.) weder durch die Erben, noch gegen die Erben des Schuldigen durch eine Klage verfolgt werden, wenn der verstorbene unschuldige Theil die Klage nicht schon präparirt hatte [1.]; wohl aber können die Erben des

lib. mor. (5. 24.) et Auth. ibid. [4.] Quistorp Beytr. n. 54. [5.] L. 8. §. 4. 7. L. 11. C. de repud. (5. 17.) cap. 4. X. de donat. int. V. et U. (4. 20.). Darin hat Nov. 134. cap. 10. durchaus nichts geändert, und hätte sie es, so ist ihr cap. 4. cit. wieder entgegen. I. H. Boehmer de privat. dot. c. 1. §. 20. Siegel de bon. uxor. malitiose desertr. §. 8. Pufendorf T. 3. Obs. 122. T. 4. Obs. 240. Schott de uxore desertrice dote sua ex regula quidem, non semper tamen privanda. Lips. 1779. I. G. Henning vom Recht und Verlust des Vermögens der Frau bey erfolgter Scheidung durch Ehebruch und bösliche Verlassung. Wittenb. 1784. I. F. M. Kapf de effectu divortii quoad bona. Tub. 1792. A. M. ist der Vfssr der Abh. Entscheidung der Frage, ob nach erfolgter Ehescheidung wegen Verweigerung der ehel. Pflicht die allg. in D. gelt. Rechte u. d. Prov. Ges. d. Hzthm Würtenb. den schuldigen Ehegatten mit dem Verlust des Heyraths g. bedrohen. 1776. [6.] Nov. 117. C. 8. §. 2. Cap. 9. §. 4. Mevius P. 7. Dec. 162. Brunnemann Cent. 3. Dec. 62.

[1.] L. 15. §. 1. sol. matr. (24. 3.) Mevius P. 7. Dec. 164.

unschuldigen sich durch Einreden im Besitz schützen [2.]. Ueberhaupt aber fallen jene Strafen ganz weg, wenn der andre Theil selbst zu dem die Scheidung bewirkenden Facto Veranlassung, oder Erlaubnifs gegeben [3.], wenn jeder sich gleich vergangen [4.], der unschuldige dem schuldigen verziehen [5.], oder in Verträgen die Strafe erlassen hat [6.], endlich wenn die Scheidung gegen den abwesenden Ehegatten ohne vollen Beweis der arglistigen Verlassung erkannt ist [7.], nicht aber wenn der unschuldige dem schuldigen verziehen hat, wegen eines neuen Verbrechens desselben die Ehescheidung erfolgt, und wegen dieses letzten auf Privation geklagt wird [8.]. Uebrigens können diese Strafen die, einem Dritten an der Brautgabe, oder donatio propter nuptias zustehenden Rechte nicht aufheben [9.].

§. 440.

Fortsetzung.

Höchst wahrscheinlich haben die Gesetze jene Privations-Strafen (welche eben deswegen noch jetzt anwendbar sind) festgesetzt, um den Unschuldigen wegen der, aus der Aufhebung der Ehe von selbst folgenden Aufhebung der gesammten Wirkungen derselben zu entschädigen, und man sollte daher den Unschuldigen, wie den Schuldigen von allen übrigen, nur dem Ehegatten durch Gesetze oder Verträge bestimmten Vortheilen ausschliefsen. Allein die gemeine Meynung weicht hievon ab, ohne dafs man jedoch über die Grenzen einig ist [1.], wiewohl es offenbar genug scheint, dafs Consequenz hier entweder alles geben, oder alles versagen mufs.

[2.] L. ult. C. de adult. (9. 9.) cap. 4. X. de donat. int. V. et U. (4. 20.). Pufendorf T. 3. Obs. 122. [3.] Pufendorf T. 4. Obs. 240. Hommel Rhaps. Obs. 609. Püttmann advers. L. 1. c. 8. [4.] cap. 6. X. de adult. (5. 16.). Pufendorf T. 3. Obs. 123. [5.] cap. 4. X. de donat. int. V. et U. (4. 20.) L. 13. §. 10. ad L. Iul. de adult. (48. 5.). [6.] Schott a. a. O. [7.] Schott a. a. O. [8.] Leyser Sp. 313. M. 13. vergl. mit Müller Obs. 557. [9.] L. ult. C. de repud. (5. 17.).

[1.] Vergl. z. B. Dabelow Eher. §. 337. Hofacker princ. T. 1. §. 494. Malblank princ. §. 643.

§. 441.

2.) Verhältnisse in Betreff der Kinder.

2.) In Rücksicht der Kinder begründet die Ehe theils solche Rechtsverhältnisse, welche direct zwischen Aeltern und Kindern Statt finden, theils solche, welche die Aeltern in Beziehung auf die Kinder gegen einander verfolgen. Von der ersten ist schon oben (§. 310—330.) gehandelt. Die letzten finden theils während der Schwangerschaft, theils nach der Geburt des Kindes Statt.

§. 442.

Während der Schwangerschaft.

Um das Unterschieben der Kinder zu verhindern ist durch das SCtum Plancianum verordnet, dafs nach der Ehescheidung die Frau, welche sich für schwanger hält, dem Mann binnen 30 Tagen ihre Schwangerschaft anzeigen, und die zu ihrer Aufsicht von demselben gesandten Personen bey sich behalten soll [1.] Leugnet, oder verbirgt sie die Schwangerschaft, so darf der Mann laut eines Rescripts von Antonin und Verus zu ihrer Besichtigung Hebammen schicken, doch ist er als Injuriant verantwortlich, wenn er es aus Chikane that [2.]. Nach dem Tode des Mannes mufs die Wittwe vermöge des prätorischen Edicts allen dabey interessirten Personen binnen 30 Tagen ihre Schwangerschaft anzeigen, und sich den, von denselben gewählten, im Edict genau bestimmten Vorsichtsmaafsregeln unterwerfen [3.]. Dagegen kann die schwanger befundene Wittwe, wenn sie alles Wesentliche beobachtet hat [4.], verlangen, in dem Besitz des Vermögens des verstorbenen Mannes zu bleiben, um daraus die Alimente bis zur Geburt des Kindes zu ziehen, welche sie, auch wenn sie sich aus Versehen für schwanger gehalten hat, nicht zu vergüten braucht; nur darf sie keinen andern arglistig in den Besitz mit aufnehmen [5.].

[1.] L. 1. §. 10. L. 3. §. 1. de agnosc. vel al. lib. (25. 3.). B. G. Struv de partu suppos. et custodia corp. femin. illustr. (iurispr. her. c. 5.). [2.] L. 1. pr. §. 1. sqq. de inspic. ventr. (25. 4.). [3.] L. 1. §. 10. sqq. eod. [4.] L. 1. §. ult. L. 2. §. 1. eod. [5.] Tit. Pand. si ventr. nom. in poss. missa (25. 5.) Tit. si mulier ventr. nom. in poss. calumn. causs. (25. 6.).

§. 443.

Nachher. Actio de partu agnoscendo.

Nach der Geburt des Kindes kann natürlich der Vater Kraft seiner väterlichen Gewalt die ihm in Rücksicht des Kindes zustehenden Rechte gegen jeden schützen. Leugnet er dagegen der Frau ab, daſs das Kind von ihm sey, so muſs die Frau durch die actio de partu agnoscendo auf Anerkennung desselben dringen. Nicht in allen Fällen aber kann sie diese Klage anstellen, auch nicht immer ohne Beweis. Man unterscheide: I.) Wird das Kind in der Ehe gebohren, so geschieht dieſs entweder vor, oder nach der gesetzlichen Zeit (§. 329.). In jenem Fall muſs die Frau bey Anstellung der Klage die Paternität beweisen, in diesem hingegen kann der Mann vermöge eines namenlosen SCti aus Hadrians Zeiten nur durch die stärksten Gegenbeweise sich der Anerkennung des Kindes entziehen [1.]. II.) Wird es nach getrennter Ehe gebohren, so hat entweder 1.) die Frau alles gethan, was sie nach §. 442. beym Leben des Mannes nach getrennter Ehe thun muſs. Ist dieſs, so hat entweder A.) der Mann bey der Denunciation der Paternität widersprochen: alsdann muſs die Frau den Beweis führen [2.]. B.) Er hat nicht widersprochen. In diesem Fall ist die actio de partu agnoscendo unumstöslich wider ihn begründet, doch kann er gegen das Kind selbst sein Leugnen durchführen [3.]. Hat aber 2.) die Frau jene Vorschriften nicht beobachtet, so ist sie von jener Klage ganz ausgeschlossen; doch kann das Kind durch die actio de filiatione affirmativa selbst seine Rechte vertheidigen [4.]. Man gestattet jetzt auch der Mutter eines unehelichen Kindes utiliter die actio de partu agnoscendo auf Alimente und Satisfaction [5.], so wie man in manchen Fällen, während die Klage anhängig ist, den Vater zur interimistischen Alimentation verpflichtet [6.].

[1.] L. 3. de agnosc. vel al. lib. (25. 3.). [2.] L. 1. §. 3. eod. [3.] L. 1. §. 4. 15. eod. [4.] L. 1. §. 6. 8. 11. 13. eod. Andre Ideen über diese Klage hat C. Gmelin über die Präjudicial-Klage de partu agnoscendo. Erl. 1781. 8. §. 15. fgg. Allein s. Deutsche Bibl. Anhang zu B. 36 – 57. 1. Abth. S. 108 – 109. [5.] Schmidt v. d. Kl. u. Einr. §. 394 – 398. [6.] Leyser Sp. 323. M. 1. 2. Müller Obs. 578. 579.

§. 441.

5.) Verhältnisse zu einem Dritten.

3.) In Beziehung auf dritte Personen hat die Ehe nach gemeinem Recht nur die wenigen singulairen Folgen, daſs der Mann die, seiner Frau zugefügte Injurie eben so, als ob sie ihn selbst getroffen hatte, ahnden, auch als vermutheter Anwald für sie auftreten kann [1.], und daſs, wie unten weiter auszuführen ist, Intercessionen für den Mann in der Regel nichtig sind [2.]. Sonst bleibt es bey den allgemeinen Grundsätzen. Contrahiren daher Mann und Frau, ohne daſs diese für jenen intercedirt, eine Schuld, so haftet jeder pro rata, und wenn beyde zusammen etwas erwerben, wohin auch unbestimmt beyden gegebene Hochzeitsgeschenke (dona nuptialia) gehören, so haben beyde theilweise Rechte daran [3.]. Wer dagegen allein Selbstschuldner wird, ist allein verbunden. In Ansehung der zum Zweck der Ehe contrahirten (ehegesellschaftlichen) Schulden [4.] kann man nach allgemeinen Grundsätzen nur folgende Theorie aufstellen: 1.) contrahirt der Mann solche Schulden, so ist er allein zu belangen, und es findet gegen die Frau keine actio de in rem verso Statt, weil der Mann die Lasten der Ehe zu tragen hat, es sey denn, daſs er in einem Augenblick etwas aufnahm, da wegen seiner Armuth die Frau ihn und die Kinder zu ernähren schuldig war [5.]. Hat hingegen 2.) die Frau contrahirt, und das erhaltene zum Zweck der Ehe verwandt, so kann gegen sie als Contrahentin geklagt werden, wenn nicht nach der Lage der Sache das Geschäft als Intercession zu behandeln ist [6.]; gegen den Mann hingegen hat, sofern er bereichert ist, die actio de in rem verso Statt. Auf die Sachen der Frau, deren Genuſs der Mann hat, kann wegen eines Contracts der Frau nur insofern die Execution gerichtet werden, als die Frau rechtlich ver-

[1.] L. 2. de iniur. (47. 10.). [2.] Nov. 134. c. 8. [3.] L. 17. ad SCt. Vellei. (16. 1.). Weber Beytr. z. d. Lehre v. d. Kl. u. Einr. 1. St. nr. 2. not. 5. Emminghaus ad Cocceii I. C. L. 16. T. 1. qu. 6. P. Müller de dono nuptiali. Jen. 1683. M. F. Lochner de donis nupt. Alt. 1748. Leyser Sp. 306. [4.] W. A. Lauterbach de aere alien. in societat. coniug. contr. solvendo. Vit. 1740. C. L. Crell de aere alieno uxoris viduae ex dote omn. bonor. exsolv. Vit. 1743. C. G. Gmelin de obligat. uxor. ad solvend. debita a coniug. contr. Tub. 1785. [5.] Die Beweise liegen in §. 345. [6.] L. 8.

bunden war, das Geschäft zum Zweck der Ehe einzugehen [7.].

§. 445.

II.) Folge der Ehe bey besondern Verabredungen. Eintheilungen.

II.) Die durch die Gesetze als Folgen der Ehe angeordneten Verhältnisse können durch Verträge mannigfaltig modificirt und geändert werden, und zwar von den Ehegatten vor, oder nach Eingehung der Ehe, sofern sie im letzten Fall keine verbotene Schenkung enthalten, vom Vater oder einem Dritten aber nur in den bereits angegebenen Zeitpunkten [1.]. Werden sie bloſs über persönliche Verhältnisse der Ehegatten geschlossen, so nennt man sie pacta nuptialia, betreffen sie hingegen die dos oder donatio propter nuptias, so heiſsen sie pacta dotalia [2.], unter welchem letzten Ausdruck man jetzt auch die auf Erbschaften sich beziehenden Verträge begreift. Ein über jene aufgenommenes Instrument heiſst instrumentum nuptiale; hingegen instrumentum dotale (Ehezärter), wenn es die letzten betrifft [3.].

§. 446.

Wer kann Eheverträge schliessen?

Die Personen, welche Verträge jener Art errichten können, sind die Ehegatten selbst, deren Väter, und sonstige dritte Personen. Die Verträge des Vaters haben hier das besondere, daſs wenn er die Rückgabe des Brautschatzes einem andern seiner Kinder bedingt, dieses aus dem Vertrage des Vaters ein Klagrecht erhält [1.].

§. 447.

Welche äuſsere

Im Ganzen können Eheverträge ohne alle äuſsere Form durch bloſse Einwilligung ein-

§. 14. ad SCt. Vellei. (16. 1.). [7.] Leyser Sp. 302. M. 15. 16. vergl. mit Müller Obs. 534.

[1.] S. oben §. 429. und Voet L. 23. T. 4. §. 1. [2.] Vinnius ad §. 13. I. de nupt. [3.] L. 65. de iudic. (5. 1.) L. 48. solut. matr. (24. 3.) L. 11. L. 12. C. de nat. lib. (5. 27.) Nov. 74. c. 4. §. 1. Noodt comm. L. 6. T. 1. Jordens de legitimat. Diss. 2. §. 1. 5. 6.

[1.] L. 1. §. 1. L. 23. L. 29. §. 1. 2. h. t. (23. 4.) L. 45. sol. matr. (24. 3.) L. 6. C. de iure dot. (5. 12.) L. 7. C. de pact. convent. (5. 14.).

Form müssen sie haben? gegangen werden [1.], selbst stillschweigend, welches z. B. bey Wiedererneuerung der Ehe in Rücksicht der vorhin geschlossenen Eheverträge angenommen wird [2.]. Nur dem Mann ist es zur Pflicht gemacht, wenn er etwas aus Eheverträgen gewinnen will, die von ihm der Frau ausgesetzte donatio propter nuptias, wenn sie 500 Solidos übersteigt, gerichtlich anzuzeigen [3.]. Auch versteht es sich von selbst, dafs wenn Eheverträge ein, überhaupt von jedem förmlich zu errichtendes besonderes Geschäft, z. B. eine donatio mortis caussa, oder eine 500 Aureos übersteigende Schenkung unter Lebenden enthalten, dafs alsdann die bloße Einwilligung nicht hinreichen kann.

§. 448.

Beschränkung des Inhalts derselben. Was den Inhalt der Eheverträge betrifft, so dürfen sie 1.) den Rechten dritter Personen keinen Eintrag thun, wenn diese nicht selbst, ausdrücklich oder stillschweigend, einwilligen [1.]. 2.) Sie dürfen dem nicht widerstreiten, was die Gesetze als Wesen der Ehe ansehen [2.], und selbst eine eydliche Bestärkung ist hier ohne Kraft [3.]. Ferner sind sie 3.) ungültig, wenn sie den guten Sitten, und beyde Theile verpflichtenden gesetzlichen Vorschriften, widerstreiten, wohin der Vertrag gehört, dafs der Mann seinen Wohnsitz nicht ändern [4.], unter der Gewalt seiner Frau seyn [5.], dafs beyden Theilen eine verbotene Schenkung erlaubt seyn [6.], oder der Mann die Wohlthat der Competenz nicht haben solle [7.]. 4.) Dafs der Mann die Brautgabe auf den Fall des Todes der Frau erhalten solle, kann bedungen werden, nicht aber dafs die Frau bey ihrem Leben irgend an ihren Rechten Ge-

[1.] L. un. §. 1. §. ult. C. de rei ux. act. (5. 13.) L. 6. C. de dot. prom. (5. 11.) L. 15. C. de iure dot. (5. 12.). Leyser Sp. 307. M. 3. 4. [2.] L. 30 31. 40. 64. de iure dot. (23. 3.). Voet L. 23. T. 4. §. 5. [3.] Nov. 127. c. 2. Leyser Sp. 310.

[1.] L. 3. 7. C. h. t. (5. 14.). Leyser Sp. 309. M. 4. Ayrer de legit. parent. pact. dotal. exclus. Goett. 1748. [2.] cap. ult. X. de condit. appos. (4. 5.). [3.] c. 19. 24. C. 27. q. 2. cap. 1. 3. X. de convers. coniug. (3. 32.) cap. 24. X. de iureiur. (2. 24.). [4.] Voet L. 5. T. 1. §. 101. [5.] Voet L. 23. T. 4. §. 20. Huber prael. eod. §. 4. [6.] L. 22. L. 28. h. t. (23. 4.). [7.] L. 14. §. 1. sol. matr. (24. 3.).

fahr laufe, oder etwas davon verliere. Ungültig ist daher der Vertrag, daſs die Brautgabe der lebenden Frau dem Mann oder dessen Erben zufallen [8.], daſs sie später, als es nach den Gesetzen (§. 432.) erlaubt ist, zurückgefordert werden [9.], oder daſs der Mann nur wegen einer Arglist verantwortlich werden solle [10.]. Umgekehrt dürfen aber auch 5.) die Rechte des Mannes z. B. durch den allgemeinen Vertrag, daſs er während der Ehe die Brautgabe nicht erhalten [11.], daſs er sie während der Ehe restituiren, oder sich der Benutzung derselben enthalten, und die, ihm nach den Gesetzen zu erstattenden nothwendigen Auslagen nicht vergütet erhalten solle [12.], nicht fruchtlos gemacht werden. Auch ist 6.) jeder Vertrag nichtig, welcher in Betreff der Grösse, und des Erwerbes der dos und donatio propter nuptias eine Ungleichheit festsetzt, und was in Betreff der einen bestimmt ist, wird sofort auf die andre gezogen [13.]; doch hält man sich jetzt nicht mehr an diese Vorschrift gebunden [14.].

§. 449.

Pacta mixta und simplicia.

Das Römische Recht, welches überhaupt keine Erbverträge kennt, verbietet auch dergleichen in Eheverträgen [1.], erlaubt aber den Ehegatten, wie jedem andern, sogenannte donationes mortis caussa [2.]. Da das Deutsche Recht überhaupt Erbverträge gelten läſst, so muſs nun auch in Betreff der Ehegatten der erste Satz, als Folge des aufgehobenen Princips, bey uns wegfallen, und die Eheverträge können demnach nicht bloſs eine Römische donatio mortis caussa, sondern auch einen deutschen Erbvertrag enthalten. In jenem Fall nennt man sie pacta dotalia mixta, in diesem simplicia [3.]. Beyde sind sehr

[8.] L. 12. pr. L. 26. §. 2. h. t. (23. 4.) L. 5. 6. C. de pact. conv. (5. 14.). [9.] L. 14. 15. 16. 17. D. eod. [10.] L. 6. eod. [11.] L. 11. 12. §. 1. eod. L. 33. de pact. (2. 14.). [12.] L. 4. L. 5. §. 1. 2. L. 11. L. 12. §. 1. h. t. (23. 4.) L. 21. §. 1. de donat. int. V. et U. (24. 1.). [13.] L. 9. 10. C. h. t. (5. 14.) Nov. 97. c. 1. [14.] Leyser Sp. 305. M. 5.

[1.] L. 15. C. de pact. (2. 3.) L. 3. C. de pact. convent. (5. 14.) L. 3. C. de collat. (6. 20.). [2.] L. 9. §. 2. L. 10. L. 11. pr. de don. int. V. et U. (24. 1.). [3.] A. L. Hombergk zu Vach de origine atque indole distinct. pact. dotal. in simplicia et mixta. Marb. 1749. Wernher lect. c. L. 23. T. 4.

verschieden. Bey den letzten ist der blofse Consens hinreichend, die ersten hingegen erfordern die Förmlichkeiten der Römischen donatio mortis caussa [4.]. Die simplicia begründen ein Erbrecht, die mixta nur eine successio singularis. Bey den letzten muſs sich also der Beschenkte als Legatar behandeln lassen, während er dort alle Vortheile eines Erben genieſst [5.], aber auch dafür im Zweifel den Vortheilen entsagen muſs, welche ihm das gemeine Recht und Statute auf den Fall der Intestat-Erbfolge angewiesen haben [6.]. Die mixta endlich sind immer widerruflich [7.], die simplicia hingegen, vermöge der allgemeinen Natur eines Vertrages, nicht [8.], jedoch nur in der Regel, wenn nicht ein anderes verabredet ist [9.]. Für die simplicia streitet solange die Vermuthung, bis klar die entgegenstehende Absicht erwiesen ist [10.].

§. 450.

Wann erlöschen sie?

Die Eheverträge verlieren ihre Gültigkeit, 1.) wenn die Ehe nicht erfolgt [1.], oder durch Scheidung getrennt wird, nur ist es hier wieder streitig, welchen Schaden der Schuldige leidet [2.]? 2.) Durch einseitigen Widerruf, nämlich die mixta unbedingt, die simplicia, sofern ein Theil ihn sich verbehalten hat [3.]. 3.) Wenn Kinder gebohren werden, wel-

§. 1. 2. Viele verwerfen ohne Grund die mixta mit P. I. Grau spec. sist. mixturam incongr. iur. Rom. et Germ. in practicor. distinct. pact. dotal. in simplic. et mixta. Marb. 1744. G. I. de Buinink error. pragm. circa dist. pact. dotal. in simpl. et mixta. Colon. 1770. Struben 2. B. 63. Bed. Hommel rhapsod. Obs. 303. Müller ad Leyser Obs. 548. [4.] Leyser Sp. 310. Struben 2. B. 63. Bed. 4. B. 166. Bed. [5.] I. H. Boehmer de success. hered. coniug. ex pact. dotal. cap. 2. §. 10. [6.] C. F. Walch de renunciat. port. statutar. tacita. Jen. 1760. Pufendorf T. 4. Obs. 53. Müller ad Leyser Obs. 549. [7.] L. 2. L. 32. L. 35. §. 4. de mort. c. don. (39. 6.). Carpzov P. 2. C. 43. Def. 10. [8.] Wernher P. 1. Obs. 103. [9.] Dieſs widerstreitet der Natur eines reinen Vertrages nicht. Tit. P. de in diem addict. (18. 2.). [10.] Hellfeld iur. for. §. 1248. Hofacker princ. T. 1. §. 533.

[1.] Wernher P. 7. Obs. 173. [2.] Vergl. oben §. 439. mit Stryk de cautel. contr. Sect. 3. c. 8. §. 45. [3.] L. A. Lauthen de pactor. nuptial. revocat. licita et illicita. Helmst. 1768. F. G. Zoller utrum pact. dotal. invit. altera parte revocar.

che in denselben nicht bedacht sind; jedoch können sie dadurch nur bis auf den Pflichttheil der Kinder ungültig werden [4.]. Die, welche eine Zurückrufung der Schenkung überhaupt wegen Nachgeburt eines Kindes erlaubt halten, müssen sie dann auch hier gleichfalls gestatten.

Zweytes Kapitel.

Ueber die Legitimation.

§. 451.

Begriff. Ursprung. Um dem Concubinat entgegen zu arbeiten, erfand Constantin das jetzt sogenannte Institut der **Legitimation** durch die Ehe, vermöge dessen Concubinen-Kinder der Gewalt ihres natürlichen Vaters unterworfen wurden, wenn er eine förmliche Ehe mit ihrer Mutter schloſs. Nach mancherley Abwechselungen ward dieſs, anfangs nur auf eine gewisse Zeit eingeführte Institut eine immerwährende Erwerbungs-Art der väterlichen Gewalt [1.], blieb jedoch, wegen seines Zwecks, nicht aber weil die Kaiser hier innerhalb der Grenzen der Fictions-Möglichkeit stehen bleiben wollten [2.], auf Concubinen-Kinder beschränkt. Weiter ging Theodos, indem er dem pater naturalis die väterliche Gewalt ertheilte, wenn er seinen natürlichen Sohn zur Annahme des Decurionats bewege, oder seine natürliche Tochter an einen Decurio verheyrathe [3.], und Justinian führte endlich die Legitimation durch ein Rescript des Regenten ein [4.], verbot aber zugleich die, nur bürgerliche Verwandschaft, und minder feste Verhältnisse begründende Arrogation der Concubinen-Kin-

poss. Lips. 1770. [4.] arg. L. 2. 3. 4. 5. 7. C. de inoffic. donat. (3. 29.). Hommel rhaps. Obs. 203. 500. I. F. Eisenhard de pact. dotal. ob supervenient. liberor. non toll. Helmst. 1764.

[1.] Vergl. L. 5. 6. 7. C. de natural. lib. (5. 27.) Nov. 78. c. 4. und überhaupt: Jordens Diss. duae de legitimatione (in Fellenberg iurispr. ant. T. 2.). Hotomannus de spuriis et legitimis (op. T. 1.). C. Thomasius de usu pract. doctrinae de legitimatione. E. A. L. Eisenhart de legitim. liber. illeg. praesert. sec. ius Germ. Helmst. 1786. [2.] Jordens l. c. Diss. 2. c. 2. I. I. Prehn ob die Legitimation sich in einer Römischen Erdichtung gründe? Rostock 1777. Meine Versuche, 1. B. n. 10. [3.] L. 3. 4. C. de nat. lib. (5. 27.). [4.] Nov.

der [5.]. Nach Aufhören des Concubinats im neueren Europa mufste man entweder die Legitimation ganz fallen lassen, oder sie auf andre Arten unehelicher Kinder ziehen. Das letzte geschah [6.]. Da nun aber die Arrogation der, aus einem verbotenen Beyschlaf erzeugten Kinder nirgend untersagt ist, und diese jetzt also sowohl durch Legitimation als Arrogation der väterlichen Gewalt unterworfen werden können: so bleibt es charakteristisches Merkmal der Legitimation, dafs sie unehelichen Kindern die Rechte ehelich gebohrner Kinder ertheilt.

§. 452.

Arten. Form. Nachdem die Legitimatio per Curiae dationem, durch Aufhören ihres Ocjects Antiquität geworden ist, giebt es nur noch zwey Arten, nämlich Legitimation durch Ehe und ein Rescript [1.]. Die erste findet Statt, auch wenn der Vater eheliche Kinder hat [2.]; und da die Ehe sich bey uns durch ihre Solennien genugsam charakterisirt, so hält man sich an die Römische Vorschrift, dafs bey einer solchen Ehe pacta dotalia errichtet werden sollen [3.], nicht mehr gebunden [4.]. Es mufs jedoch eine wahre Ehe geschlossen seyn [5.]. Die Legitimation durch ein Rescript soll nach Justinians Vorschrift nur Statt finden, wenn der Vater die Concubine nicht heyrathen kann, und keine ehelichen Kinder hat [6.]; allein beydes wird jetzt nicht mehr befolgt [7.]. In Deutschland kann sie nachgesucht werden entweder bey dem Kaiser, oder einem comes palatinus, als Stellvertreter desselben [8.], oder bey dem Territorial-Re-

74. c. 2. Nov. 89. c. 9. [5.] Nov. 89. cap. 11. §. 2. [6.] Cap. 6. X. qui fil. sint legit. (4. 17.).

[1.] Manche nehmen noch vermöge Nov. 117. c. 2. eine legitimatio per nominationem filii an. Allein es ist hier blofs von Präsumtionen die Rede. Jordens l. c. cap. 5. §. 1. fgg. Ueber die sogenannte legitimatio per testamentum s. §. 453. [2.] Nov. 89. c. 11. [3.] L. 6. 10. 11. C. de nat. lib. (5. 27.) Nov. 12. c. 4. Nov. 17. cap. ult. Nov. 89. c. 8. Jordens l. c. cap. 3. [4.] Stryk U. M. L. 1. T. 6. §. 16. [4.] Irrige Begriffe über die sponsalia de praesenti haben Mevius P. 2. Dec. 81. veranlafst, der Verlobung die Kraft der Legitimation beyzulegen. Püttmann miscel, Sp. 1. c. 4. [6.] Nov. 74. c. 2. Nov. 89. c. 9. [7.] Stryk l. c. §. 16. 17. [8.] Griebner de iure legitimand. com. palatin. (op. T. 1. S. 2.). Adliche zu legitimiren hält man für ein Reservat des

genten, dessen Concession man jedoch (freylich ohne Grund) aufserhalb des Landes keine Kraft beyzulegen pflegt [9.].

§. 453.

Fortsetzung. Zu jeder Legitimation gehört nicht allein die Einwilligung der natürlichen Aeltern [1.], sondern auch der Kinder, und zwar die Zustimmung der letzten auch selbst bey der Legitimation durch die Ehe [2.]. Die übrigen Verwandten brauchen nur insofern einzuwilligen, als der Legitimirte in das Verhältnifs eines Notherben zu ihnen kommen soll [3.]. Bey der Legitimation durch ein Rescript mufs in der Regel der Vater selbst das Rescript nachsuchen; ist er indefs darüber weggestorben, und hat im Testament erklärt, dafs er die natürlichen Kinder zu seinen ehelichen Kindern haben wolle, so können diese selbst ein Rescript des Regenten auswirken [4.]. Diese Unterart der Legitimation durch ein Rescript wird denn von vielen als dritte Hauptart Legitimatio per testamentum a principe confirmatum genannt [5.].

§. 454.

Wer wird legitimirt? Durch die Legitimation können jetzt alle Arten unehelicher Descendenten, also nicht blofs spurii, sondern auch incestuosi und adulterini legitimirt werden, selbst durch nachfolgende Ehe, wo diese wirklich erfolgen kann, und erfolgt [1.], jedoch kann der legitime Sohn eines illegitimen Sohnes nur

Kaisers. Struv synt. L. 1. T. 6. §. 54. [9.] Idem de iure legitimandi princ. imper. (op. T. 1. S. 1.). Stryk de iure princ. extra territor. cap. 3. n. 133. fgg.

[1.] L. 11. de his qui sui vel al. iur. (1. 6.) L. ult. C. de natural. lib. (5. 27.). [2.] Nov. 89. cap. 11. pr. Auch steht dem nicht entgegen Nov. 74. praef. §. 2. cap. 6. X. qui filii sint. legit. (4. 17.) Jordens l. c. cap. 1. A. M. ist Thomasius ad Strauch Diss. 4. Th. 13. [3.] arg. L. 7. de adopt. (1. 7.) Ludolf Obs. 263. G. P. Kohl de success. ab intest. per rescr. legitimat. Goett. 1800. §. 2. [4.] Nov. 74. cap. 2. [5.] Glücks Comm. §. 143.

[1.] arg. cap. 1. 6. X. qui filii sint legit. (4. 17.). I. H. Boehmer de legitimat. ex coitu damnat. nator. §. 18 — 25.

durch Legitimation des letzten unter die Gewalt seines Grofsvaters kommen [2.].

§. 455.

Wirkungen. Die Legitimation, mit Ausnahme der, per curiae dationem [1.], hat die Wirkung, dafs die legitimirten Kinder rückwärts betrachtet werden, als ob sie bey ihrer Geburt legitim gewesen seyen [2.]. Sie haben daher auch ein volles Erbrecht in dem Vermögen aller derer, welchen sie als wirklich ehelich gebohrne Kinder würden succedirt haben [3.], und diefs selbst dann, wenn zur Zeit der Legitimation eheliche Kinder vorhanden waren, die Legitimation mochte nun durch Ehe geschehen, oder durch ein Rescript [4.]. Nur die Rechte kann man ihnen absprechen, welche Verträge oder Gesetze namentlich den wirklich in der Ehe gebohrnen, nicht aber den, erst nachher legitim gewordenen Kindern einräumen, wohin das Recht in Lehen zu succediren gehört [5.], nicht aber schlechthin das Recht der Erstgeburt, oder das Recht, in Fideicommisse zu succediren [6.], und beym Reichs-Cammergericht als Assessor angestellt zu werden [7.].

[2.] §. 13. I. de nupt. (1. 10.) L. 5. 10. C. de nat. lib. (5. 27.) Jordens l. c. cap. 4. A. M. ist Schulting enarrat. P. L. 1, T. 6. §. 10.

[1.] L. 9. C. de natural. lib. (5. 27.) Nov. 89. c. 2. [2.] L. 10. C. de nat. liber. (5. 27.) Nov. 12. c. 4. [3.] Irrig schliefst Boehmer I. D. L. 1. T. 6. §. 17. die legitimatos per rescriptum von der Erbschaft der Verwandten des Vaters aus. Seine Allegate, nämlich Nov. 74. c. 2. Nov. 89. c. 9. sind grade dawider. [4.] G. H. Ayrer de rescripto legitimat. princ. plenissimum effectum tribuente legitimi licet liberi extent. Goett. 1743. Kohl l. c. §. 3. fgg. A. M. ist G. S. Madihn de legitime natorum port. legitima in success. cum. legitimis. Hal. 1755. und noch strenger Pufendorf T. 1. Obs. 41. [5.] II. Feud. 26. §. naturales. I. G. Bauer de success. legitimat. per nupt. exsule in feudis. Lips. 1734. (op. T. 2. n. 52.) E. F. Schorcht die Unfähigkeit der Mantelkinder zur Lehnfolge. Jen. 1780. Pufendorf T. 1. Obs. 90. A. M. ist I. F. Schneider de success. legitim. in feud. Hal. 1707. I. L. I. Greineisen de success. in feud. filiis per subs. matr. legitimand. haud deneganda. Jen. 1774. (B. F. R. Lauhn) die Erbfolge der Mantelkinder sammt Schild und Helm. 1777. [6.] Cocceii I. C. L. 1. T. 6. qu. 14. A. M. ist mit vielen Hellfeld iur. for. §. 146. [7.] Die K. G. O. P. 1. T. 3. §. 2. steht dem nicht entgegen. G. M. a Rodach Tr. de comit. palatin. cap. 3. A. M. ist Mynsinger P. 6. Obs. 31.

§. 456.

Legitimatio minus plena.

In Deutschland hat man von jeher eine, von Gilden und Zünften ausschliefsende Makel in der unehelichen Geburt zu finden geglaubt. Diese wird denn durch die Legitimation zugleich gehoben [1.]. Auch hat man blofs zu dem Zweck, um diese Makel zu vertilgen, die sogenannte legitimatio minus plena, welche sonst keine Kindesrechte ertheilt, und daher der Einwilligung des Vaters nicht bedarf [2.], erfunden, welcher denn die Römische Legitimation unter dem Namen Legitimatio plena entgegengesetzt zu werden pflegt.

Drittes Capitel.

Ueber die Adoption.

§. 457.

Arten der Adoption.

Vor Einführung der Legitimation konnte man bey den Römern alle Arten der Kinder durch Adoption [1.] unter seine Gewalt und in bürgerliche Verwandschafts-Verhältnisse bringen, sie mochten sui iuris seyn (arrogatio), oder alieni iuris (adoptio s. str.) [2.]. Später erlaubte man auch den Weibern, ohne Unterschied, ob sie Männer haben, oder nicht, wenn sie natürliche Kinder verloren hätten, eine Adoption, welche jedoch natürlich keine väterliche Gewalt, sondern nur andre, bey einem Weibe mögliche Kindesverhältnisse begründen konnte [3.]. Endlich verordnete Justinian in Betreff der eigentlichen Adoption der Männer, dafs nur dann dadurch die väterliche Gewalt begründet werden solle, wenn ein Ascendent seinen Descendenten adoptire, hingegen durch die Adoption eines

[1.] S. oben §. 225. Lauterbach coll. L. 1. T. 6. §. 25. Thomasius l. c. cap. 1. §. 3. [2.] Wernher T. 1. P. 3. Obs. 49.

[1.] Conynenberg de adopt. Franeq. 1736. A. Faber de iurispr. Papin. T. 10. C. Thomasius de usu pract. Tit. I. de adopt. I. C. Schrader de adopt. iure civil. et morib. germ. usitatis. Jen. 1703. [2.] §. 1. I. h. t. (1. 11.) L. 1. §. 1. h. t. (1. 7.) Jordens de legitimat. Diss. 1. c. 6. §. 1. [3.] §. 10. I. eod. L. 5. C. h. t. (8. 48.). Ohne gesetzlichen Grund gibt nur den Wittwen das Recht zu adoptiren

Dritten nur ein Erbrecht [4.]. Im letzten Fall nennt man denn die Adoption der Männer minus plena, in jenem plena. Es läfst sich jetzt also die Adoption im allgemeinen Sinn nur durch die unbestimmte Beschreibung bezeichnen, dafs sie die Handlung ist, durch welche Jemand in bürgerliche Kindesverhältnisse gesetzt wird, in denen er vorhin nicht war. Unter dem Ausdruck Kindesverhältnisse sind hier auch Verhältnisse eines Grofssohns, Aeltersohns u. s. w. zu verstehen [5.]. Eine sogenannte Adoption an Bruders und Vaters Statt enthält nur im Ausdruck etwas sonderbares. Denn in der Sache selbst läfst es sich sehr gut denken, dafs Jemand durch ein Rescript des Regenten, oder Erbverträge in Verhältnisse eines Bruders oder Vaters gebracht werden kann [6.].

§. 458.

Wer kann adoptiren, und wen?

Die Adoption im Allgemeinen ist jedem erlaubt, welchem es die Gesetze nicht untersagen, also auch dem, welcher nicht heyrathen, aber doch in älterlichen Verhältnissen stehen kann, wie z. B. einem katholischen Weltpriester [1.]. Dafs die Römer hier auf Fictionen etwas gebauet haben, läfst sich gleichfalls nicht erweisen [2.]. Aus politischen Gründen, und zum Besten des Kindes ist jedoch 1.) den Castraten (§. 212.) unbedingt die Ehe untersagt, während sie den übrigen Impotenten unbedingt erlaubt ist [3.]. Eben so wenig darf 2.) ein Unmündiger adoptiren [4.], oder 3.) der, welcher schon Kinder unter seiner Gewalt hat, sofern nicht wichtige Gründe eine Ausnahme gestatten sollten [5.]. Dasselbe gilt 4.) von Tu-

Schroeder l. c. pag. 45. [4.] L. 10. C. eod. [5.] L. 30. L. 31. h. t. (1. 7.). [6.] Leyser Sp. 20. m. 5. Crell de adopt. in locum fratris non monstrosa. §. 9.

[1.] §. 4. I. h. t. (1. 11.) L. 9. 16. 30. h. t. (1. 7.). Zoesius comm. L. 1. T. 7. n. 7. [2.] Vergl. Cannegieter Obs. iur. Rom. L. 2. c. 20. mit Hugo Civ. Mag. 2. B. S. 225—227. [3.] §. 9. I. eod. L. 40. D. eod. Die ersonnenen Distinctionen des Höpfner Comm. 6. Aufl. §. 146. not. 1. zerfallen durch ihr Princip. Wer den Character der Castraten kennt, wird hier die Gesetze leicht begreifen. [4.] §. 4. I. eod. [5.] L. 15. §. 2. L. 17. §. 3. L. 23. h. t. (1. 7.) §. 2. I. de legit. agn. success. (3. 2.) Reinold varia c. 42. Sehr ausgedehnt nimmt diese wichtigen Gründe Stryk ann. ad Lau-

toren und Curatoren [6.]; Ferner muſs 5.) der Adoptirende so viel älter, als der Adoptirte seyn, daſs auf jede Generation, welche er über demselben stehen will, 18 Jahre gerechnet werden können [7.]. Endlich wird 6.) die Arrogation in der Regel Niemand gestattet, welcher nicht über 60 Jahre alt ist. Die adoptio plena ist auf allen Fall früher erlaubt [8.]. Umgekehrt können alle Arten der Kinder, selbst eigne, adoptirt werden [9.], nur nicht emancipirte Adoptiv-Kinder [10.], auch nicht, ohne wichtige Gründe, mehrere zugleich [11.].

§. 459.

Wie geschieht die Adoption?

Zur Vollendung der Annahme an Kindes Statt gehört 1.) daſs der Adoptiv-Vater, das Kind, und dessen Vorgesetzte einwilligen [1.], doch ist bey der Adoption der Männer hinreichend, wenn das Kind nur nicht widerspricht [2.]. Die bürgerlichen Verwandten des Adoptirenden brauchen nur insofern gefragt zu werden, als ihnen durch die Annahme ein solcher Erbe, dem sie einen Pflichttheil schuldig sind, gegeben werden soll [3.]. 2.) Die Annahme muſs auf immer geschehen [4.], und zwar nicht durch einen Bevollmächtigten [5.], doch wird die letzte, wahrscheinlich in der Feyerlichkeit des Acts (§. 114.) gegründete Bestimmung von manchen jetzt als unanwendbar betrachtet [6.]. 3.) Nach vorgängiger Untersuchung muſs die Adoption der Männer, selbst die minus plena [7.], von dem competenten Richter [8.], die Arrogation; und die Adoption der Weiber durch ein Rescript des Regenten oder eines Stellvertreters desselben vollendet werden [9.]. Bey der Arrogation Unmündiger ist das Besondere, daſs sie erst dann vom Regenten bestätigt wird, wenn nach vorgängiger obrigkeitlicher Untersuchung

terbach comp. p. 35. [6.] L. 17. L. 32. eod. [7.] L. 40. §. 1. eod. [8.] L. 15. §. 2. eod. vergl. mit L. 10. C. h. t. (8. 48.) Hugo Civ. Mag. 2. B. S. 223. [9.] L. 12. eod. [10.] L. 37. §. 1. eod. [11.] L. 15. §. 3. eod.

[1.] L. 2. L. 8. h. t. (1. 7.). [2.] L. 5. L. ult. C. h. t. (8. 48.). [3.] §. 7. I. h. t. (1. 11.) L. 6. 7. 23. h. t. Faber rational. ad L. 7. h. t. [4.] L. 33. eod. [5.] L. 25. §. 1. eod. [6.] Wernher lect. comm. L. 1. T. 7. §. 3. [7.] Denn darin ändert L. 10. C. h. t. (8. 48.) nichts. Stryk U. M. L. 1. T. 6. §. 5. Leyser Sp. 20. m. 4. [8.] L. 4. eod. L. ult. C. eod. [9.] §. 10. I. L. 2. D. L. 5. C. eod

unter Zuziehung der Vormünder und Verwandten die Arrogation zuträglich gefunden ist, und der Vater Caution gestellt hat, daſs er, Falls das Kind als Unmündiger sterbe, das Vermögen desselben dessen Erben herausgeben, auch demselben, wenn er es ohne Grund emancipire oder enterbe, ¼ seines Vermögens (Quarta Divi Pii) geben wolle [10.]. Manche nehmen noch eine adoptio per testamentum an, welche aber nichts weiter ist, als Einsetzung eines Erben mit der Auflage, daſs er den Namen des Erblassers führen solle [11.].

§. 460.

Wirkungen derselben.

Die Wirkungen der Adoption sind nach Verschiedenheit der Arten derselben sehr mannigfaltig. 1.) Die Arrogation und adoptio plena bewirkt, daſs das angenommene Kind, so lange es nicht emancipirt ist, der väterlichen Gewalt des Vaters unterworfen, damit des Standes desselben theilhaftig, und ein Agent und Intestat-Erbe der Agnaten desselben wird; auch aus allen Agnations-Verhältnissen mit seinen bisherigen Agnaten tritt [1.]. Natürliche emancipirte Kinder erhalten dadurch ganz ihre vorigen Rechte wieder [2.]. Dabey erwirbt der arrogierende, oder adoptirende Vater den gesammten Nieſsbrauch des eignen Vermögens des Kindes, doch muſs er die darauf haftenden Schulden bezahlen, oder den Gläubigern dasselbe abtreten [3.]. So lange die Kinder unter der Gewalt des Adoptiv-Vaters bleiben, sind sie also auch dessen Notherben; sobald sie aber daraus entlassen sind, hören im Ganzen alle Successions-Rechte, und sonstigen kindlichen Verhältnisse auf [4.]. Nur der ohne Grund emancipirte oder enterbte unmündige Arrogirte kann nach dem Tode des Vaters durch eine sogenannte condictio ex constitutione D. Pii [5.], nicht bloſs den gewöhnli-

[10.] §. 3. I. L. 17. 18. 19. 20. 22. D. L. 2. C. eod. Frommann D. de impub. arrogatione. [11.] Heineccii Ant. L. 1. T. 11. §. 18. Huber pracl. ad P. L. 1. T. 6. §. 1.

[1.] §. 7. I. h. t. (1. 11.) L. 6. 7. 23. h. t. (1. 7.) Faber rational. ad L. 7. h. t. [2.] L. 12. L. 41. eod. L. 23. pr. de lib. et postum. (28. 2.). [3.] Tit. I. de acquisit. per arrogat. (3. 11.). [4.] L. 13. h. t. (1. 7.) vergl. mit §. 374. [5] L. 1. §. 21. de collat. (37. 6.) L. ult. si quid in fraudem patroni

chen Pflichttheil, sondern ¼ des gesammten Vermögens des arrogirenden Vaters fordern [6.]. Mit der Arrogation fallen die Kinder des Arrogirten, welche dessen Gewalt unterworfen sind, zugleich unter die Gewalt des arrogirenden Vaters, die Haussöhne des Adoptirten bleiben aber unter der Gewalt ihres natürlichen Ascendenten [7.]. Rechte, welche von wirklicher natürlicher Verwandschaft abhängen, wie der Deutsche Adel, und Succession in Lehen, und Fideicommissen, werden aber dadurch nicht begründet [8.]. 2.) Die adoptio minus plena gibt dem Kinde kein Recht auf einen Pflichttheil, sondern nur das Recht der Intestat-Erbfolge als sui heres. Der neue Vater hat gegen das Kind keine Rechte, indem diese dem natürlichen Vater verbleiben [9.], er ist aber auch demselben zu nichts verbunden [10.]. Nach der Emancipation des Adoptiv-Kindes hören aber alle Rechte desselben auf (11.]. 3.) Die Adoption der Weiber bewirkt, dafs das Kind, versteht sich bis es entlassen ist, die Mutter nicht blofs ab intestato beerbt, sondern auch von derselben einen Pflichttheil verlangen kann [12.].

§. 461.

Heutiger Gebrauch.

In Deutschland ist hierin im Ganzen nichts geändert, und noch oft finden Adoptionen Statt [1.]. Gewöhnlich nimmt der Adoptirte, vor, oder nach seinem eignen Namen, den Namen des Adoptiv-

(38. 5.) Boehmer de act. S. 2. c. 3. §. 33. [6.] §. 3. I. h. t. (1. 11.) L. 2. C. eod. (8. 48.) L. 8. §. 15. de inoffic. test. (5. 2.). Voet h. t. §. 4. I. G. Madihn de quarta D. Pii eiusque usu hodierno. Frkf. 1775. A. M. ist Vinnius C. ad §. 3. I. h. t. mit vielen. [7.] L. 2. L. 15. pr. h. t. (1. 7.). [8.] Stryk U. M. h. t. §. 8. Cannegieter Obs. L. 2. n. 18. Schnaubert Lehnr. § 123. [9.] L. 10. §. 1. 2. C. h. t. (8. 48.). A. M. sind Conynenberg l. c. Sect. 3. cap. 4. §. 1. Best coniect. ex iure civil. cap. 4. (in Oelrichs Thes. nov. V. 1. T. 1. p. 221.). Allein s. Püttmann miscell. Spec. 3. Lehr v. d. Erbfolge der Adoptiv-Kinder §. 4. (in Hagemanns und Günthers Archiv 5. Th. n. 9.). [10.] Ohne Grund verpflichtet ihn zur Ernährung Wernher lect. comm. h. t. §. 4. [11.] L. 10. §. 3. C. h. t. (8. 48.). [12.] L. 5. C. eod. L. 29. §. 3. de inoffic. test. (5. 2.). Meine Versuche 1. B. S. 339—341.

[1.] Leyser Sp. 20. m. 2. Pufendorf T. 3. Obs. 46. Stru-

Vaters an [2.]. Nur darin weicht das heutige vom Römischen Recht ab, dafs Jemand durch simple Erbverträge, ohne Bewilligung des Regenten oder der Obrigkeit, die Erbrechte eines Kindes erhalten kann [3.].

§. 462.

Ueber Pflegkinder.

Uebrigens mufs man von den Adoptiv-Kindern die Pflegkinder (alumnos), welche Jemand zu sich nimmt, um sie zu ernähren und zu erziehen, wohl unterscheiden [1.]. Eine solche Annahme bewirkt weder die väterliche Gewalt, noch deren Folgen [2.], noch auch Erbschafts-Rechte [3.], und der Pflegvater (Nutritor) kann das Kind, wenn er es blofs factisch zu sich genommen, sich aber zu nichts vertragsmäfsig verpflichtet hat, nach Willkühr wieder verstofsen [4.]. Hat er die Auslagen als ein Schenkender negotiorum gestor gemacht, so kann er sie, den Fall der Undankbarkeit ausgenommen, nicht zurückfordern, sonst aber allerdings [5.]. Nur eine gewisse Ehrfurcht ist das Kind dem Ernährer, den es übrigens klagend belangen kann, schuldig [6.].

Dritte Abtheilung.

Ueber die Beendigung der väterlichen Gewalt.

§. 463.

Arten derselben.

Die väterliche Gewalt wird geendigt 1.) durch den natürlichen oder bürgerlichen Tod des Vaters oder Sohnes [1.]. 2.) durch adoptio plena

ben 2. B. 62. Bed. [2.] Hugo Civ. Mag. 2. B. S. 227. fgg. [3.] Struben a. a. O. Müller ad Leyser Obs. 97.

[1.] L. 3. §. 4. de lib. hom. exhib. (43. 28.). F. G. Struv de iure alumnor. Jen. 1716. [2.] L. 32. de excus. tutor. (27. 1.) cap. un. de infant. expos. (5. 11.). [3.] L. 132. de V. O. (45. 1.) L. 10. C. commun. de success. (6. 58.). [4.] L. 132. de V. O. (45. 1.) A. M. ist Struv l. c. Th.. 48. wegen L. 3. C. de infant. expos. (8. 52.). Allein wer macht das Kind zum Sclaven, wenn er es verstöfst? [5.] L. 27. §. 1. de negot. gest. (3. 5.) L. 15. C. eod. (2. 19.). Mevius P. 4. Dec. 317. 319. Struv l. c. Th. 50. 51. [6.] L. 1. §. ult. de obsequ. parent. (37. 15.) L. 17. C. de his qui accus. non poss. (9. 12.).

[1.] pr. §. 1. 2. 3. I. quib. mod. ius patr. potest. solv. (1. 12.).

des Sohnes [2.]. 3.) Wenn der Vater arrogirt wird, weil dann seine Haussöhne mit unter die Gewalt des Arrogirenden fallen [3.]. 4.) Durch gewisse Würden, nämlich die eines Bischofs, praefectus praetorio, paternus fisci, durch den Patriciat u. a. m., welche vom Decurionat befreyen [4.]. In Deutschland kann, da hier von Privilegien die Rede ist, diese ganze Vorschrift nur insofern gebraucht werden, als noch jetzt völlig gleiche Würden existiren; doch hat man sie oft eben so willkührlich ausgedehnt, als man sie oft willkührlich für ganz aufgehoben erklärt hat [5.]. Ferner erlischt sie 5.) zur Strafe, wenn der Vater die Kinder aussetzt [6.], die Tochter preifs gibt [7.], oder eine blutschänderische Verbindung eingeht [8.].

§. 464.

Ueber Emancipation insbesondere.

Die gewöhnlichste Art, unter Lebenden die Gewalt aufzuheben, war 6.) bey den Römern die Emancipation [1.]. Nach Aufhebung der alten Emancipations-Art durch den Verkauf mufs sie jetzt unter Gegenwärtigen mittelst einer Erklärung vor dem Magistrat [2.], unter Abwesenden durch Auswirkung eines Rescripts geschehen [3.]. Jenes nennt man die Justinianeische, dieses die Anastasische Emancipation. Die erste kann auch stillschweigend geschehen, z. B. wem der Vater mit Zustimmung des Sohnes demselben einen Tutor erbittet [4.]; beyde setzen aber in der Regel wirkliche Einwilligung des Vaters und Sohnes voraus. Wider Willen kann der Vater nur die Adoptiv-Kinder entlassen [5.],

Ueberhaupt: C. Thomasius de usu pract. Tit. I. quib. mod. ius patr. pot. solv. Senkenberg iura egress. et patr. potest. Rom. et Germ. Giess. 1743. [2.] §. 8. I. I. c. [3.] L. 40. de adopt. (1. 7.). [4.] Nov. 81. c. 1. 3. §. 4. I. I. c. L. ult. C. de Decurion. (10. 31.) Reinold var. c. 19. [5.] Ueber die versch. Meinungen s. Glück Comm. 2. B. §. 156. [6] L. 2. C. de infant. expos. (8. 52.) Nov. 153. c. 1. [7.] L. 12. C. de episc. audient. (1. 7.). [8.] Nov. 12. c. 2.

[1.] Scheltinga Diss. duae de emancipat. (Fellenberg iurispr. ant. T. 2.) Heimburg difficillima emancip. Rom. et Germ. capita. Ien. 1742. [2.] L. ult. C. de emancip. (8. 49.). [3.] L. 5. C. eod. L. 18. C. de collat. (6. 20.) L. 11. C. de legit. hered. (6. 57.) Scheltinga l. c. P. 1. c. 4. [4.] arg. pr. I. de tutel. (1. 13.) L. 239. de V. S. (50. 16.) Carpzov L. 2. Resp. 118. n. 18. Wernher Vol. 2. Obs. 248. [5.] §. 3.

die natürlichen aber schlechterdings nicht [6.], wenn er sie auch Kraft der väterlichen Gewalt aus seinem Hause stoſsen, und ihnen zur Strafe die Alimente entziehen kann [7.], wodurch aber die rechtlichen Folgen der väterlichen Gewalt in keinem Punkt aufgehoben werden [8.]. Umgekehrt wird der Vater in der Regel zur Emancipation nicht gezwungen, ausgenommen wenn er die Kinder miſshandelt [9.], unter der Bedingung daſs er sie entlassen solle, etwas empfangen [10.], oder einen Unmündigen arrogirt hat, welcher nach erlangter Mündigkeit auf Emancipation dringt [11.]. In Deutschland hat man noch, gegen das gemeine Recht [12.], eine particulaire Emancipation für einzelne Geschäfte an manchen Orten in Gebrauch gebracht. Entscheidet die Gewohnheit dafür, so liegt denn in der Natur derselben offenbar, daſs das Kind auf immer in Betreff des Geschäfts, für welches es emancipirt ward, als selbstständig zu betrachten ist [13.]. Die Lehre von der Aufhebung der väterlichen Gewalt durch eine separirte Oeconomie ist hier nur zu erwähnen, aber im Deutschen Recht auszuführen.

§. 465.

Folgen der Aufhebung der väterlichen Gewalt.

Mit Aufhebung der väterlichen Gewalt müssen 1.) wie es im Begriff liegt, alle Folgen derselben (§. 316 — 349.) in Beziehung auf das Verhältniſs zwischen Vater und Sohn und einem Dritten aufhören, und der Sohn stellt selbst die Person eines Hausvaters vor [1.]. 2.) Wird die Gewalt beym Leben des Vaters geendigt, so muſs gleichfalls aus eben dem Grunde das ius sui here-

I. quib. mod. ius patr. pot. (1. 12.), L. 132. de V. O. (45. 1.) L. 10. pr. C. de adopt. (8. 48.). [6.] L. 6. C. de patr. potest. (8. 47.) Nov. 89. c. 11.. Ueberh. L. v. de Poll de exhered. c. 1. 8. C. H. Breuning de abdicatione ad L. 6. C. de patr. potest. Lips. 1753. Hagemanns und Günthers Archiv 1. B. n. 14. [7.] L. 5. §. 1. de agnosc. vel alend. lib. (25. 3.). [8.] Meine Vers. 2. B. S. 264. 265. [9.] L. ult D. si a parent. quis manum. (37. 12.). [10.] L. 92. de cond. et dem. (35. 1.). [11.] L. 32. 33. de adopt. (1. 7.) [12.] Heimburg l. c. §. 84. [13.] Müller ad Leyser Obs. 106. A. M. ist Glück Comment. §. 161.

[1.] L. 7. C. de SCt. Macedon. (14. 6.) L. ult. §. ult. C. de in-

dis wegfallen, selbst wenn sie durch eine separirte Oeconomie aufgehoben ist [2.]. 3.) Erlischt sie durch den Tod des Vaters, so werden die Kinder sui heredes, und erhalten nun die Gewalt über ihre eignen nicht emancipirten Descendenten [3.]. Erlischt sie durch den Tod der Kinder, so behält der Vater nicht mehr, wie sonst, einen lebenslänglichen Niefsbrauch an deren Vermögen, wenn keine Descendenten, sondern Brüder da sind, selbst nicht einmal an den Adventitien, vielmehr tritt er blofs in dafs Verhältnifs eines Erben. Hinterläfst das Kind aber Descendenten, welche Erben, so behält er ihn an den Adventitien [4.]. 4.) Die Emancipation und volle Adoption hat, aufser dafs sie, wie es sich von selbst versteht, die Wirkungen der väterlichen Gewalt aufhebt, noch die merkwürdige Folge, dafs sie alle blofs bürgerlichen Privat-Rechte und Verbindlichkeiten, mit Ausnahme weniger Rechte [5.], in der Person des Entlassenen zerstört [6.], und also auch das ius agnationis und die davon abhängenden bürgerlichen Familien-Rechte [7.]. Diesen Verlust der Agnations-Rechte nennt man denn capitis deminutio minima [8.]. Auch die Anastasische und Justinianeische Emancipation enthalten eine solche [9.], doch ist diefs den natürlichen Kindern unschädlich geworden [10.], während die Adoptiv-Kinder, welchn nicht zugleich natürliche sind [11.], dadurch noch jetzt alle Familien-Rechte verlieren [12.]. 5.) Die Kinder der Emancipirten bleiben unter der Gewalt des Emancipirenden, und fallen nach dem Tode des letzten nicht unter die Gewalt jener [13.]. 6.) Werden Kinder durch eine Würde sui iuris, so verlieren sie keine Familien-Rechte, und bekommen ihre Kinder

offic. test. (3. 28.). [2.] Grupen discept. for. c. 2. m. 3. Pufendorf T. 3. Obs. 1. A. M. ist I. H. Boehmer de statu liberor. sui iur. factor. per separat. et nuptias. (Exerc. T. 1.). [3.] L 3. C. de iure deliberandi (6. 30.) pr. I. h. t. (1. 12.). [4.] Nov. 118. c. 1. verglichen mit L. 7. §. 1. C. ad SCt. Tertull. (6. 56.) L. 1. 3. C. de bonis matern. (6. 60.) Glück v. d. Intestat-Erbfolge §. 95. 121. [5.] L. penult. C. de usufr. (3. 33.). [6.] L. 5. §. ult. L. 6. 7. 10. 11. de cap. minut. (4. 5.). [7.] L. 3. §. 1. eod. L. 10. C. de adopt. (8. 48.) [8.] Tit. I. de cap. dem. (1. 16.). [9.] §. 9. I. de hered. quae int. (3. 1.) L. 11. C. de legit. hered. (6. 57.). [10.] Nach Nov. 118. [11.] L. 23. pr. de lib. et posthum. (28. 2.). [12.] L. 13. de adopt. (1. 7.) Conradi de cap. dem. minima. L. 2. n. 2. (in dessen parerg.). [13.] pr. I. h. t.

nach dem Tode des Ascendenten, aus dessen Gewalt sie gegangen sind, unter ihre eigne Gewalt [14.]. 7.) Bey der freywilligen Emancipation erhält der Vater zur Belohnung auf Lebenszeit den halben Nieſsbrauch der Adventitien der Kinder [15.]. Dieſs kann aber auf die Fälle, da die Gewalt auf andre Art z. B. durch eine separirte Oeconomie, erlischt, nicht erstreckt werden [16.].

Zweyter Abschnitt.

Ueber Vormundschaften.

Einleitung.

§. 466.

Begriff der Tutel und Curatel.

Es gibt viele Fälle, da der Staat verpflichtet ist, für die Schützung einer Person, oder deren Sachen Sorge zu tragen [1.]. Wird Jemand zur Aufsicht über die Person eines Unmündigen und dessen Sachen bestellt, so nennt man ihn einen Tutor; hat er hingegen die Aufsicht über einen Mündigen (cura personalis), oder bloſs über Sachen (cura realis), oder beydes zugleich (cura mixta): so wird er Curator genannt [2.]. Bey uns werden durch den

(1. 12.). [14.] Nov. 81. c. 2. [15.] L. 6. §. 3. C. de bon. quae lib. (6. 61.) Cramer Wetzl. Nebenst. B. 81. S. 117. fgg. [16.] Müller ad Leyser Obs. 152.

[1.] Schriften über die ganze Lehre: P. Montani Tr. de iure tutelar. et curationum. Lugd. Bat. 1595. A. Fabri iurispr. Papinian. Tit. 12. J. Claproth Unterricht für Vormünder. 1775. E. G. Klügel de tutelis. Viteb. 1780. I. B. Wiesner Vormundschaftsrecht. Halle. 1785. Desselben Elementarwerk über das Vormundschaftsrecht. 1. B. Bresl. 1786. I. F. Frh. v. Leonhardi Vers. einer Vormundschaftslehre. Gieſsen. 1799. [2.] §. 4. I. qui testam. tut. dar. poss. (1. 14.) §. 5. I. de curator. (1. 23.) L. 9. C. qui petant. tut. (5. 31.) L. 20. pr. de tutor. et curator. dat. (26. 5.) Tit. P. de curatore furiosi (27. 10.) L. 4. C. in quib. casib. tutorem vel curat. hab. tut. vel curat. dari potest. (5. 36.).

Ausdruck Vormund beyde bezeichnet. Der Untergebene des Tutors heifst Pupill, der des Curators Curande; das deutsche Mündel befafst beyde.

§. 467.

Arten der Vormünder.

Die Thätigkeit eines Vormunds kann verschieden seyn. Ist er verpflichtet, sich mit dem Detail der Aufsicht über eine Person, oder der Verwaltung des Vermögens derselben zu befassen, so nennt man ihn gerens, oder administrans. Ist ihm hingegen blofs aufgelegt, die Oberaufsicht über die Verwaltung des administrirenden Vormundes zu führen, so heifst er honorarius. Ein solcher honorarius wird mit dem Beysatz notitiae caussa datus bezeichnet, wenn ein administrirender Vormund in wichtigen Fällen an seinen Rath gebunden ist [1.].

§. 468.

Wer bedarf eines Vormundes?

Nur der bedarf eines Vormundes, welcher nicht schon unter der Gewalt und Aufsicht eines andern steht, wie der Haussohn, der Sklav, und der bereits mit einem Vormunde versehene Pupill; doch leidet diefs eine Ausnahme, wenn in besonderen Fällen der Verdacht eintritt, dafs der Vorsteher das Interesse des Untergebenen dem seinigen nachsetzen werde [1.].

§. 469.

Wer kann Vormund seyn?

Ein jeder kann Vormund werden, welchem man im Testament einsetzen kann, und welcher die natürliche und bürgerliche Fähigheit zur gewissenhaften Vollführung des übertragenen Geschäfts hat [1.]. Fehlt es daran, so kann ihn der Magistrat von Amtswegen zu jeder Zeit entfernen (excusatio necessaria). Unfähig sind 1.) Weiber, mit Ausnahmen der Mutter und Grofsmutter [2.]. 2.) Alle Ver-

[1.] L. 3. §. 12. de administr. tutor. (26. 7.) L. 32. §. 1. de testam. tut. (26. 2.) L. 14. §. 6. de solut. (46. 3.).

[1.] L. 13. de tutel. (26. 1.) Tit. C. in quib. cas. tut. vel cur. hab. tut. vel cur. dar. pot. (5. 36.).

[1.] pr. I. qui test. tut. dar. poss. (1. 14.) L. 9. de his qui sui vel al. iur. (1. 6.). [2.] L. 16. pr. L. ult. de tutel. (26. 1.)

standslose, und völlig Entkräftete [3.]. 3.) Taubstumme, Taube, Stumme, und völlig Blinde [4.]. 4.) Jeder, welcher noch nicht wirklich volle 25 Jahre vollendet hat. [5.]. 5.) Gerichtlich erklärte Verschwender [5.]. 6.) Sklaven [7.]. 7.) Soldaten, welche wirklich im Dienst stehen [8.]. 8.) Bischöfe und Mönche. Die übrigen Geistlichen unter dem Bischof können, wenn sie wollen, eine gesetzliche Vormundschaft übernehmen [9.], auch pflegt man bey den Protestanten alle Geistliche, sofern sie wollen, zur Vormundschaft zu lassen [10.]. 9.) Juden, als Vormünder eines Christen [11.]. 10.) Jeder, welcher sich für Geld zur Vormundschaft drängt [12.]. 10.) Offenbare und heftige Feinde des Vaters des Mündels, oder der Mündels selbst [13.]. 11.) Der Ehemann und Bräutigam [14.]. 12.) Jeder, mit Ausnahme der Mutter und Grofsmutter [15.], welcher, wenn ihm die Vormundschaft angetragen wird, Gläubiger, oder offenbarer Schuldner des Pupillen ist. Verschweigt der Gläubiger seine Forderung, so verliert er sie zur Strafe ganz; der Schuldner hingegen, welcher seine Schuld nicht angibt, verliert alle Einreden [16.].

Nov. 118. c. 5. Pufendorf T. 2. Obs. 11. [3.] L. 10. §. ult. L. 11. L. 40. L. 45. §. 4. eod. L. 40. de R. I. (50. 17.) Tituli C. qui morbo (5. 67. 10. 50.). [4.] L. 1. C. eod. L. 1. §. 2. 3. L. pen. h. t. (26. 1.) L. 8. de auct. tutor. (26. 8.). Eine überkommende Blindheit hebt die Tutel nicht nothwendig auf. L. 40. de excus. tut. (27. 1.), man möchte denn mit Stryk de iure sens. D. 2. c. 2. n. 15. fgg. in dem Fall eine Ausnahme machen, wenn die Blindheit absolute Unfähigkeit erzeugt. [5.] §. 13. I. de excus. (1. 25.) L. ult. C. de legit. tutel. (5. 30.). Huber Digress. L. 3. c. 24. Struben 3. B. 32. Bed. [6.] L. ult. C. cit. L. 1. de curat. furiosi (27. 10.) L. 11. §. 2. de tutor. et curat. dat. (26. 5.) [7.] L. 7. C. qui dare tutor. vel curat. poss. (5. 34.). [8.] L. 4. C. eod. Pufendorf T. 3. Obs. 183. Kinder der Cameraden sind ausgenommen. L. 23. §. 1. de excns. (27. 1.). [9.] L. 25. pr. C. de episc. et cleric. (1, 6.) Nov. 123. c. 5. [10.] Stryk L. 27. T. 1. §. 5. [11.] Zwar nicht nach L. 15. §. 6. de excus. (27. 1.) aber nach der Praxis. Lauterbach coll. L. 26. T. 1. §. 23. [12.] L. 21. §. ult. de tutor. et curator. dat. (26. 5.). [13.] §. 9. 11. 12. I. de suspect. tutor. (1. 26.) L. 3. §. 12. D. eod. (26. 10.) L. 6. §. 17. 18. de excusat. (27. 1.) Püttmann adversar. L. 1. p. 1. fgg. [14.] L. 1. §. ult. de excus. (27. 1.) L. 2. C. qui dari tut. poss. (5. 34.) L. 4. C. de curat. fur. (5. 70.) Heineccius de marito tutore et curatore uxoris legitimo. (opusc. n. 21.). [15.] Nov. 94. c. 1. [16.] Nov. 72. c. 1. 3. 4. Ueberhaupt: Walch de tutore pupulli sui ante suscept. tutel. debitore (op. T. 1.).

Alles diefs, an dessen praktischer Gültigkeit nicht zu zweifeln ist [17.], findet nach den Gesetzen unbedingt, alfo auch bey dem testamentarischen Vormunde, und bey diesem sogar dann Statt, wenn der Testator die Schuld oder Forderung kannte [18.]. Während der Vormundschaft entstehende Ansprüche bewirken nur die Beyordnung eines Curators [19.]. Ferner darf 13.) vom Magistrat Niemand zur Vormundschaft gelassen werden, welchen zuzulassen der Vater oder die Mutter verboten haben [20.], selbst dann nicht, wenn ihn die Gesetze zur Vormundschaft rufen sollten [21.]; und eben diefs ist endlich 14.) der Fall, wenn der Berufene die Schreibkunst nicht versteht, deren Kenntnifs ihm zur Geschäftsführung in dem vorliegenden Fall nöthig wäre [22.].

Erste Abtheilung.

Ueber die Entstehung der Vormundschaft.

§. 470.

Entstehung der Vormundschaft.

Der Regent und dessen Stellvertreter sind verpflichtet, für das Interesse aller derer zu sorgen, welche von Seiten des Staats eines Schützers bedürfen. Diese obervormundschaftlichen Verpflichtungen liegen in Deutschland ob, und zwar in Rücksicht der Unmittelbaren, den Reichsgerichten, als Stellvertretern des Kaisers, in Rücksicht der Mittelbaren den Territorial-Regenten, allen mit einer ordentlichen Gerichtsbarkeit verliehenen Gerichten, und den häufig für Vormundschaftsachen angeordneten

Dafs der, die Forderung verschweigende Vormund nur die Klage verliere, behauptet Weber v. d. nat. Verb. §. 94. princ. Allein s. oben §. 184. [17.] Struben 5. B. 8. Bed. A. M. ist Walch l. c. §. 6. [18.] Lauterbach coll. L. 26. T. 1. §. 18. fgg. A. M. ist Walch l. c. §. 6. Schilter Ex. 37. §. 87. [19.] Nov. 72. c. 2. [20.] L. 8 pr. de testam. tut. (26. 2.) L. 21. §. 2. de tut. dat. (26. 5.) L. un. C. si contra matr. volunt. (5. 47.). [21.] L. 21. §. 2. de tutor. et curat. dat. (26. 5.) Leyser Sp. 330. m. 2. Müller Obs. 594. A. M. ist Voet L. 26. T. 4. §. 2. Lauterbach coll. eod. §. 5. [22.] Das folgt aus der Natur der Sache, und man braucht hierüber §. 8. I. de excus. (1. 25.) L. 6. §. ult. eod. (27. 1.), worin man gewöhnlich mit Höpfner Comm. §. 244. eine schwierige excusatio voluntaria findet, nicht verlegen zu seyn.

Collegien [1.]. Zur besonderen Aufsicht und Verwaltung müssen jedoch einzelne Personen bestellt werden, deren Verpflichtung zur Uebernahme der Vormundschaft auf mannigfaltigen Gründen beruhen kann.

§. 471.

I.) Der Tutel. 1.) Testamentarische.

Was I.) die Tutel betrifft, so ist der Grund derselben nach Römischem Recht dreyfach: ein Testament (tutela testamentaria), eine gewisse Eigenschaft einer Person, woran nach den Gesetzen die Verpflichtung zur Uebernahme der Tutel geknüpft ist (tutela legitima), oder die Bestellung des Magistrats (tutela dativa). Viele nehmen jetzt auch noch eine vertragsmäfsige Tutel (pactitia) an. Nach den 12 Tafeln kann 1.) der Hausvater den, unter seiner Gewalt befindlichen, oder künftig darunter kommenden Kindern [1.], selbst den enterbten [2.], oder denen, welche sich von der Erbschaft enthalten [3.], bis zu den Jahren der Mündigkeit [4.], einen Vormund ernennen, nur dürfen sie nach seinem Tode nicht unter die Gewalt eines andern fallen [5.], oder vor seinem Tode Hausväter geworden seyn [6.]. Die Bestellung mufs im Testament, oder bestätigten Codicillen geschehen [7.]; der Ernannte mufs gewifs seyn [8.], auch darf es der Wahl desselben nicht freygegeben werden, ob er dieses, oder eines andern Kindes Vormund seyn wolle [9.] Zugleich ist erforderlich, dafs die schriftliche Ernennung nicht allein durch die Hand des Vormundes selbst geschehe [10.], auch der Vormund nicht für einzelne Geschäfte bestellt werde [11.]. Im Uebrigen ist der Vater ungebunden. Er kann den Vormund unter

[1.] Pol. O. v. 1548. Tit. 31. v. 1577. Tit. 32. Heineccius de suprema principum magistratuumque tutela.

[1.] §. 4. I. de tutel. (1. 13.) L. 1. §. 1. de test. tut. (26. 2.) Ueberhaupt: I. D. Braun de tutela testam. ex iure tam publ. quam privato. Arg. 1760. I. U. Roeder symbola ad ius tutel. test. collata. Cob. 1772. [2.] L 4. pr. L. 26. §. 2. L. 31. eod. A. M. ist wegen L. 1. §. 10. de suis et legit. (38. 16.) L. 73. de R. I. (50. 17.) L. 53. pr. de V. S. (50. 16.) Hotomann Obs. L. 6. c. 5. allein s. Walch ius contr. p. 89. [3.] Struv Ex. 34. Th. 19. [4.] pr. I. quib. mod. tutel. finit. (1. 22.). [5.] §. 3. I. de tutel. (1. 13.) L. 1. §. 2. h. t. (26. 2.). [6.] L. 1. §. 1. eod. [7.] L. 3. pr. eod. [8.] L. 30. eod. [9.] L. 20. 23. eod. [10.] L. 29. eod. [11.] §. 4. I. qui testam. tut.

Zeitbestimmungen und Bedingungen [12.], Personen einer andern Gerichtsbarkeit [13.], ja sogar Unfähige, auf den Fall dafs sie fähig werden, bestellen [14.]. Als Interpretations-Regel haben die Gesetze hier die Vorschrift aufgestellt, dafs das Wort liberi alle Kinder, filii oder filius alle Kinder des ersten Grades, posthumi die posthumos aller Grade bezeichnen soll [15.].

§. 472.

Unvollkommene testamentarische.

Nach dem ursprünglichen Begriff ist es keine testamentarische Tutel, wenn der, welcher den Vormund ernennt, keine väterliche Gewalt hat, oder keine förmliche Disposition errichtet. Nach neuerem Recht mufs jedoch der Magistrat in vielen Fällen einen solchen an sich ungültig ernannten Vormund bestätigen, und zwar bald schlechthin, bald nach vorgängiger Untersuchung über die Tauglichkeit des Subjects (praevia inquisitione), oder nach vorher bestellter Sicherheit (cum satisdatione). Man unterscheide hier 1.) ein von einem väterlichen ehelichen Ascendenten einem emancipirten Kinde, oder sonst unregelmäfsig ernannter Vormund ist schlechthin, auch wenn das Kind nicht eingesetzt ist, zu bestätigen [1.]. 2.) der von der Mutter, oder dem natürlichen Vater ernannte Vormund wird nie anders, als wenn das Kind eingesetzt ist, bestätigt, zwar ohne Satisdation, aber nur nach angestellter Untersuchung [2.]. 3.) Ernennen andre Personen einen Vormund, so ist er, wenn sie dem Kinde etwas hinterlassen, nach vorgängiger Untersuchung und Satisdation, sofern das Kind sonst keine Güter hat, zu bestätigen [3.]. Alle diese zu confirmirenden Vormünder sind aber im Ganzen als dativi zu behandeln, so weit sie nicht namentlich den testamentarischen gleichgestellt sind [4.].

(1. 14.). [12.] §. 3. I. eod. L. 8. §. 2. h. t. (26. 2.). [13.] L. 32. pr. eod. [14.] §. 2. I. h. t. (1. 14.) L. 10. §. 5. eod. (26. 2.) L. 10. §. 7. de excus. (27. 1.). [15.] §. ult. I. h. t. (1. 14.) L. 5. L. 6. L. 16. §. 1. eod. (26. 2.).

[1.] L. 1. §. 1. 2. de confirm. tutor. (26. 3.). [2.] L. 2. L. 7. pr. eod. L. 4. de testam. tutel. (26. 2.) A. M. ist Höpfner Comm. §. 178. not. 1. in Betreff des pater naturalis. [3.] L. 4. de conf. tut. (26. 3.) Voet eod. §. 1. A. M. ist Hofacker T. 1. §. 634. [4.] Lauterbach coll. eod. Tit. §. 6. Grass

§. 473.

2.) Gesetzliche. 2.) Nachdem die Cognaten den Agnaten gleichgestellt sind, und das Patronat-Recht bey uns aufgehört hat, so fallen die verschiedenen Arten der älteren gesetzlichen Tutel [1.] jetzt weg, und es bleibt blofs die gesetzliche Tutel der nächsten Intestaterben übrig. Stehen mehrere in gleichem Grade, so sind sie alle zur Tutel gerufen [2.]. Wer zur Tutel absolut unfähig ist, devolvirt die Tutel auf den entfernteren Verwandten [3.]. In Ansehung der Mutter und Grofsmutter ist das besondere, dafs sie, wenn sie wollen, und den Bürgschaftswohlthaten der Weiber, und der zweyten Ehe entsagen, vor allen Seitenverwandten zur Tutel gelassen werden [4.]. Dafs sie den väterlichen Ascendenten vorgehen, läfst sich so wenig behaupten [5.], als man den väterlichen Ascendenten einen besondern Vorrang einräumen kann [6.]. Es bleibt vielmehr im Verhältnifs beyder zu einander bey den allgemeinen Grundsätzen. Die Mutter geht also dem Grofsvater, die Grofsmutter aber dem Aeltervater vor, und Grofsmutter und Grofsvater concurriren zusammen. Nur das läfst sich, da die Novelle blofs von der Wittwe spricht, behaupten, dafs der emancipirende Vater der Mutter vorgeht.

§. 474.

3.) Dativ-Tutel. 3.) Bey den Römern konnten ursprünglich nur wenige, und später auch nicht alle Magistrats-Personen einen sogenannten Dativ-Tutor bestellen [1.]; bey uns aber ist jede mit einer Civil-Gerichts-

collat. iur. Rom. S. 1. §. 7. pr. Das Umgekehrte behauptet Boehmer ius D. L. 26. T. 3. §. 4. und für eine tutela mixta streitet Cocceii I. C. eod. qu. un.

[1.] S. Inst. L. 1. T. 15. fgg. [2.] Nov. 118. c. 5. de Ludwig differ. iur. Rom. in tutel. testam. et legit. Hal. 1712. A. L. Schott de tutela legitima. Ultr. 1723. H. G. Bauer de rat. iur. Rom. in constituenda tutel. legit. Lips. 1767. [3.] L. 1. §. 1. 2. L. 10. h. t. (26. 4.). [4.] Nov. 94. c. 1. Nov. 118. c. 5. ab Eyben de tutela matris (op. p. 321.) Grass de tutela matern. nobil. imper. immediat. Tub. 1701. Pufendorf T. 2. Obs. 11. [5.] A. M. ist Hofacker T. 1. §. 633. [6.] A. M. ist Lauterbach coll. L. 26. T. 4. §. 6. 7.

[1.] §. 4. 5. I. de Atil. tutor. (1. 20.) L. 6. §. 2. de tutor. et curat. dat. (26. 5.) Marche de tutor. ex L. Iul. et Tit. (in

barkeit versehene Obrigkeit dazu befugt [2.]. Nur mufs sie 1.) in Rücksicht des Pupillen competent seyn. Als competenter Richter ist hier anzusehen der Richter des Wohnorts des Pupillen [3.], wo denn, wenn der Pupill mehrere Wohnorte hat, die Prävention eintritt [4.]. Hat der Vater des Pupillen einen privilegirten Gerichtsstand gehabt, so geht dieser vor [5.]. Sollte aber der Pupill weder einen festen Wohnsitz, noch einen privilegirten Gerichtsstand haben, so gehört die Sache vor den Richter seines Geburtsorts [6.], oder den, unter welchem die mehresten Sachen gelegen sind [7.]. Treten alle jene Gründe nicht ein, so ist der Richter des Orts zuständig, wo sich der Pupill aufhält [8.]. 2.) Der Magistrat kann nur Personen aus seiner Gerichtsbarkeit, nicht aber sich selbst, bestellen, wenn ihm nicht der Oberrichter gestattet, einen fremden Gerichtsuntergehörigen zu wählen [9.]. 3.) Die Bestellung mufs nach vorgängiger Untersuchung [10.], auch darf sie nicht unter einer Bedingung, von einem Tage, oder bis zu einem Tage geschehen [11.]; doch leidet das letzte eine Ausnahme, wenn nur ein interimistischer Vormund zu ernennen ist [12.]. Im übrigen kann die Bestellung zu jeder Zeit, an jedem Ort [13.], und sowohl unter Gegenwärtigen, als unter Abwesenden geschehen [14.]. 4.) Die Gewalt eines so bestellten Tutors erstreckt sich über alle Güter des Pupillen, sie mögen belegen seyn, wo sie wollen [15.]. Ist jedoch das Vermögen des Pupillen weitläuftig und zerstreut, so kann die Tutel getheilt, und über die auswärts belegenen Güter von dem Magistrat, in dessen Gerichtsbarkeit sie sich finden, ein besonderer Tutor ernannt werden [16.].

Fellenberg iur. Ant. T. 2. n. 19.). [2.] Pol. O. v. 1577. Tit. 32. §. 3. I. P. de Ludwig differ. iur. Rom. et Germ. in tutela Atiliana. Hal. 1713. [3.] L. 27. h. t. (26. 5.) L. 3. C. de municip. (10. 38.) L. un. in f. C. ubi pet. tut. (5. 32.). [4.] Wernher lect. comm. L. 26. T. 5. §. 5. [5.] Hellfeld iur. for. §. 1318. [6.] L. un. C. ubi pet. tutor. (5. 32.). [7.] Leyser Sp. 333. m. 6. [8.] Stryk U. M. L. 26. T. 5. §. 8. [9.] L. 3. 4. 24. h. t. (26. 5.) Huber prael. eod. §. 3. Hertel de tutore alienae iurisdict. [10.] L. 21. §. 2. 5. 6. eod. L. 7. §. 1. L. 8. de confirm. tut. (26. 3.). [11.] L. 6. §. 1. de tut. (26. 1.) L. 77. de R. I. (50. 17.). [12.] §. 1. 2. de Atil. tut. (1. 20.) L. 10. de test. tut. (26. 2.) L. 2. 9. h. t. (26. 5.). [13.] L. 8. §. 2. eod. L. 3. §. 3. de tut. (26. 1.). [14.] L. 5. h. t. (26. 5.). [15.] §. 17. I. de excusat. (1. 22.). [16.] L. 27. h. t. (26. 5.) L. 21. §. 2. de excusat. (27. 1.) L. 5.

§. 475.

4.) Vertragsmäfsige.

4.) Eine vertragsmäfsige Tutel kommt im Römischen Recht nicht vor, sondern nur die Entscheidung, dafs der, welcher sich seiner Excusation nicht zu bedienen versprochen habe, nachher an diesen Vertrag gebunden sey [1.]. Das Römische Recht verbietet aber auch nicht die vertragsmäfsige Tutel. Die Streitfrage: ob es eine solche gebe? [2.] läfst sich also nur insofern bejahend beantworten, als eine solche Tutel aus den allgemeinen Grundsätzen über die Verträge gerechtfertigt werden kann. Hienach (§. 142.) mufs denn der Vertrag des Vaters, als eines Dritten, für unwirksam erklärt werden, gesetzt das Kind sollte ihn unter Auctorität des Vaters mit geschlossen haben, indem aus einem solchen Vertrage auch Verpflichtungen für das Kind entspringen [3.]. Die Rechtsbeständigkeit eines vom Magistrat geschlossenen Vertrags (welche in Betreff fremder Gerichtsuntergehörigen wichtig werden kann) läfst sich aber gar nicht anfechten, da der Magistrat den Pupillen auf alle Weise zu vertreten verpflichtet ist. Man mufs aber eine solche durch Vertrag begründete Tutel nicht mit der Uebertragung der Administration, welche durch ein Mandat, oder die Theilung der Tutel geschehen kann, vermengen. Denn diese kannten auch die Römer schon als einen erlaubten Vertrag [4.]. Verboten dagegen ist die gänzliche Abtretung der Tutel selbst [5.].

§. 476.

Verhältnifs aller zu einander.

Das Verhältnifs der bisher genannten Arten der Tutel wird durch folgende Regeln bestimmt: 1.) Die testamentarischen Vormünder

§. 12. de reb. eor. (27. 9.). Voet L. 27. T. 9. §. 5. Pufendorf T. 2. Obs. 95.

[1.] §. 9. I. de excus. (1.22.) L. 15. §. 1. eod. (27. 1.). Uryhof Obs. cap. 9. Heineccius de tutela pactit. Lips. 1777. [2.] Ueber die Geschichte des Streits vergl. Hallische Beytr. 1. B. S. 131. fgg. Müller ad Leyser Obs. 587. [3.] §. 10. I. de inutil. stipul. (3. 20.). [4.] L. 5. §. 3. de admin. et per tut. (26. 7.). Müller l. c. Obs. 589. [5.] C. G. Küstner de tutela cessitia. Lips. 1745. Schulting ad Ulp. Fragm. Tit. 11. §. 7. 8.

gehen allen andern vor [1.], und denselben Vorrang haben alle tutores confirmandi der Römer [2.]. Wird 2.) der testamentarische, oder gesetzliche Vormund einstweilen verhindert, so setzt der Magistrat einen interimistischen Tutor [3.]. 3.) Ist kein testamentarischer Vormund ernannt, so muſs der gesetzliche eintreten [4.]. Fällt 4.) der zur Tutel gerufene vor oder nach Uebernahme derselben weg, so setzt der Magistrat einen Vormund, wenn er bey Entfernung des Vormunds concurrirt, sonst aber tritt der gesetzliche ein [5.]. 5.) Die vertragsmäſsige Tutel in dem eben angegebenen Sinn hat natürlich mit der dativa gleichen Rang.

§. 477.

II.) Entstehung der Curatel.

II.) Die Arten der Curatel sind verschieden, und eben so die Entstehungsgründe derselben. Nach den 12 Tafeln müssen 1.) alle rasenden und blödsinnigen Mündigen einen Curator haben. Der nächste Erbe derselben (also auch der Sohn) muſs die Curatel, jedoch nach vorgängiger Untersuchung des Magistrats, übernehmen. Ist aber kein solcher da, so setzt die Obrigkeit nach Willkühr einen Curator [1.], auch muſs sie den vom Vater ernannten bestätigen [2.]. 2.) Mündigen, welche auf eine unsinnige Art ihr Vermögen verschleudern, ist durch ein richterliches Decret die Verwaltung desselben zu nehmen [3.]. Ist dieſs geschehen, so sind die nächsten Erben, wenn im Testament des Vaters kein zu confirmirender Curator ernannt ist, jedoch mit Ausnahme des Sohnes, deren gesetzliche Curatoren, im Abgange derselben aber bestellt ihnen der Richter nach Willkühr einen Curator [4.]. 3.) Stupiden und ausſchweifenden Minderjährigen muſs der Magistrat nach der L. Laetoria einen Curator bestellen [5.]. Die

[1.] L. 11. pr. de test. tut. (26. 2.). [2.] arg. L. 27. eod. Nov. 118. c. 5. Lauterbach coll. L. 26. T. 4. §. 4. [3.] §. 1. 2. de Atil. tut. (1. 20.). [4.] pr. I. de legit. agn. tutel. (1. 15.). [5.] L. 4. §. 3. L. 11. §. 1. 2. de test. tutel. (26. 2.).

[1.] §. 4. I. de curat. (1. 23.) L. 6. L. 13. de curat. furios. (27. 10.) L. 65. §. 3. ad SCt. Trebell. (36. 1.) L. 5. C. de curat. furios. (5. 70.). [2.] §. 1. I. de curat. (1. 23.). [3.] L. 1. L. 10. L. 15. de curat. (27. 10.). Leyser Spec. 349. M. 1. 2. [4.] L. 1. L. 10. L. 15. cit. L. 6. de V. O. (45. 1.). C. L. Crell de filio patris aut matr. curatore. Vit. 1754. [5.] Vergl. Her-

übrigen Minderjährigen mufsten bey den Römern einen Curator annehmen, wenn ihnen derselbe im Testament bestellt war [6.]; sonst aber nur in gewissen einzelnen Fällen; doch konnten sie sich immer einen solchen erbitten [7.]. Die Reichsgesetze haben diefs aber dahin geändert, dafs allen Minderjährigen Curatoren gesetzt werden sollen; dafs auch im Testament die Ernennung derselben geschehen kann; und die nächsten Blutsfreunde gesetzliche Curatoren derselben sind [8.]. Es ist nun also die Curatel der Minderjährigen in Rücksicht des Ursprungs eben so mannigfaltig, als die Tutel. 4.) Allen Personen, welche an einem völligen Unvermögen leiden, ihren Geschäften vorzustehen, ist gleichfalls vom Magistrat ein Curator zu bestellen [9.]. Ist Jemand abwesend, ohne dafs man seinen Aufenthalt weifs, so mufs für die zurückgelassenen Sachen desselben gleichfalls ein sogenannter Curator absentis bestellt werden [10.], und zwar sind dazu die nächsten Intestat-Erben [11.], oder, wenn diese selbst unfähig sind, deren Vormünder zu wählen [12.]. Ueber die sogenannte cura ventris [13.], und die Curatel über eine Erbschafts- oder Concursmasse [14.], ist unten in der Lehre vom Erbrecht und Concurse das Nöthige zu erinnern. Die, blofs auf particulairen deutschen Statuten beruhende Lehre von der Geschlechtsvormundschaft ist hier aber ganz zu übergehen.

toghe de Tribon. circa leg. Laetor. non errant. Hetzer de L. Laetoria (in Fellenberg iur. ant. T. 2. n. 21.) mit L. I. F. Hoepfner de L. Laetoria et cura minorum. [6.] §. 1. I. h. t. (1. 23.). [7.] §. 2. I. l. c. L. 2. C. qui legit. stand. pers. in iudic. hab. (3. 6.) L. 7. C. qui pet. tut. vel cur. (5. 31.) L. 7. §. 2. de minor. (4. 4.) L. 2. §. pen. et ult. qui pet. tut. (26. 6.) L. 13. §. 2. de tutor. et curat. dat. (26. 5.). Hetzer l. c. §. 12. Hoepfner l. c. §. 2. I. F. Meyer de eo quod interest inter tutelam et curam aetatis. Goett. 1792. §. 14. fgg. A. M. ist G. C. Crusius ad constit. D. Marci de curat. minor. (in Fellenberg iur. ant. T. 2. n. 20.). [8.] Pol. O. v. 1577. Tit. 32. [9.] §. 4. I. h. t. (1. 23.) L. 12. de tutor. et curat. dat. (26. 5.). [10.] Leyser Sp. 97. M. 3. Voet L. 10. Tit. 2. §. 18. Bardili de curatore bonor. absent. Tub. 1667. Schmalcalder de eo quod iust. est circa eos qui disparuerunt. Tub. 1758. Schorch de cura bonor. absent. Lips. 1761. [11.] Leyser Sp. 97. M. 6. [12.] Leyser Sp. 530. M. 6. [13.] Tit. P. de ventre in poss. mitt. (37. 8.). [14.] Tit. P. de curatore bon. dando (42. 8.).

§. 478.

Pflicht und Recht, Vormünder zu erbitten.

Zur Unterstützung der Policey-Gewalt ist es jedem Freunde, Verwandten und Creditor erlaubt, den Magistrat auf die Fälle, da ein Vormund zu bestellen, oder zu bestätigen ist, aufmerksam zu machen, und demselben tüchtige Subjecte in Vorschlag zu bringen [1.]. Der Mutter, sofern sie nämlich nicht Vormünderin seyn will, oder seyn kann [2.], und den übrigen Intestat-Erben, sofern sie nicht die Tutel übernehmen, ist es sogar bey Strafe zur Pflicht gemacht, dem Unmündigen einen Tutor, oder wo er dessen bedarf, einen Curator [3.], zu erbitten, oder die Bestätigung des unvollkommen ernannten Vormundes zu verlangen [4.]. Versäumen sie dieſs sofort zu thun, d. h. innerhalb eines Jahres [5.], oder bringen sie leichtsinnig, oder arglistig unfähige, oder eine Excusation habende, und sich derselben wirksam bedienende [6.] Personen in Vorschlag, so werden sie von der Intestat-Erbfolge im Vermögen des Kindes, und als dessen Pupillar-Substituten ausgeschlossen [7.], und zwar zum Vortheil der nächsten Erben [8.], nicht aber von dem, was ihnen wegen eines andern Grundes aus der Masse des Kindes gebührt [9.]. Eben diese Strafe tritt ein, wenn sie einem Mündigen, welcher einen Curator haben muſs, aber kein Testament errichten darf, keinen, oder einen verwerflichen Curator gebeten haben [10.]. Die Rechtsunwissenheit befreyet nicht von dieser Strafe [11.]; doch fällt sie weg: A.) wenn das Kind durchaus, oder für die Zeit, da es eines Vormunds bedarf, ohne alles Vermögen [12.]; B.) wenn die nachlässige Mutter minderjährig [13.]; C.) wenn das Kind nach erlangter Fähig-

[1.] L. 2. §. 1. qui pet. tut. (26. 6.) L. 1. 4. 7. C. eod. (5. 31.). [2.] L. 8. C. eod. Struv Ex. L. 26. T. 6. §. 32. [3.] Z. B. wenn der Tutor angeklagt ist. L. 4. §. 2. h. t. (26. 6.). [4.] L. 4. eod. [5.] L. 2. §. 43. ad SCt. Tertull. (38. 17.). Lauterbach coll. L. 26. T. 6. §. 3. [6.] L. 2. §. 1. h. t. (26. 6.) L. 2. §. 32 — 41. ad SCt. Tertull. (38. 17.). [7.] L. 10. C. de legit. hered. (6. 58.) L. 6. C. ad SCt. Tertul. (6. 56.). Engau de poenis in petendo tutore negligent. Jen. 1748. [8.] L. 2. §. 1. h. t. (26. 6.) L. 2. §. 23. ad SCt. Tertull. (38. 17.) L. 10. C. de legit. hered. (6. 58.). [9.] L. 4. §. 3. h. t. (26. 6.). [10.] L. 2. §. 29. 30. 31. ad SCt. Tertull. (38. 17.). Stryk U. M. L. 26. T. 1. §. 34. [11.] L. 8. C. h. t. (5. 31.). [12.] L. 2. §. 26. 45. 46. ad SCt. Tert. (38. 17.). [13.] L. 2. C. si

keit, ein Testament zu errichten, gestorben ist [14.]; endlich D.) wenn die Intestat-Erben verhindert waren, oder ihnen ein andrer zuvorgekommen ist [15.]. Die heutige Anwendbarkeit dieser Sätze ist juristisch nicht zu bestreiten [16.], und eben so wenig läfst sich die eben unter C.) gedachte Ausnahme als durch das Recht der Novellen aufgehoben ansehen [17.]. — In allen Fällen ist aber der Magistrat jetzt von Amtswegen, auch unaufgerufen, verpflichtet, Vormünder zu bestellen [18.].

Zweyte Abtheilung.

Ueber die, aus der Delation, Uebernehmung und Führung der Vormundschaft entspringenden Rechtsverhältnisse.

§. 479.

I.) Pflichten und Rechte bey Delation der Vor-Vormundschaft.

Jeder Staatsbürger ist als solcher verpflichtet, eine ihm durch Gesetz, Testament oder obrigkeitliche Berufung übertragene Vormundschaft zu übernehmen [1.], zwar nicht mit Aufopferung seines Vermögens, aber doch in Rücksicht seiner Dienste unentgeltlich [2.], wiewohl man in Deutschland den Vormündern häufig Ansprüche auf ein billiges Honorar gestattet [3.]. Vom Augenblick der deferirten Vormundschaft fängt die Verantwortlichkeit wegen vernachlässigter Administration an [4.], und wegen aller von diesem Augenblick für den Pupillen besorgten Geschäfte kann der Vormund als solcher belangt werden [5.]. Die Zeit der Delation ist bey

advers. delict. (2. 35.). [14.] L. 3. C. ad SCt. Tertull. (6. 56.). [15.] L. 2. §. 27. 28. D. eod. (38. 17.). [16.] Engau l. c. A. M. ist I. C. Frank de success. matri in tutore liberis petendo negligenti hodierno iure non adimenda. [17.] Man mufs diefs aber nur besser beweisen als Walch ius contr. p. 97. nämlich daraus, dafs der pubes ungeachtet Nov. 115. noch Mittel genug hat, seine Empfindlichkeit zu beweisen. [18.] Pol. Ordn. v. 1577. Tit. 32. §. 1. Müller ad Leyser Obs. 693.

[1.] L. 2. §. 2. qui pet. tut. (26. 6.) L. 6. §. 15. de excusat. (27. 1.) L. 1. pr. de admin. et pet. tut. (26. 7.). [2.] L. 6. §. 15. de excus. (27. 1.) L. 1. §. ult. de muner. et honor. (50. 4.). [3.] L. Menke de salario tutor. et curator. B. L. Mollenbeck de salar. tut. Giess. 1704. [4.] L. 40. L. 53. §. 2. de admin. tut. (26. 7.) L. 1. C. de test. tut. (5. 28.). [5.] L. 1.

der Dativ-Vormundschaft der Augenblick der Berufung; bey der gesetzlichen und testamentarischen (wenn nämlich die letzte durch Antretung der Erbschaft, die erste durch den Tod begründet ist) der Augenblick der Wissenschaft des unbedingten Anfalls [6.]. Nur in einigen Fällen kann sich der Bürger, wenn er sich darauf beruft, der Vormundschaft entziehen (excusatio voluntaria), jedoch in der Regel nur von einer ihm angetragenen, in einigen Fällen aber von der bereits übernommenen Vormundschaft [7.].

§. 480.

Excusations-Recht.

Von einer angetragenen sowohl. als von einer übernommenen Vormundschaft kann sich befreyen: A.) jeder, welchen Armuth oder Krankheit die Führung derselben zu beschwerlich oder unmöglich macht [1.]. B.) Jeder, welcher auf Befehl des Regenten seinen Wohnort ändert, sofern der Regent weifs, dafs er Vormund war, oder ihm die Vormundschaft niederzulegen erlaubt [2.]. Unter gewissen Einschränkungen C.) derjenige, welcher in Angelegenheiten der res publica d. h. des Staats [3.], verreist ist, nämlich insofern, dafs er während der Abwesenheit die Administration der übernommenen Vormundschaften, und wenn er über See verreist, die Vormundschaft selbst ganz abgeben kann [4.]. Endlich D.) jeder, welcher in das consilium principis aufgenommen ist [5.].

§. 481.

Fortsetzung.

Blofs von der angetragenen Vormundschaft können sich entschuldigen: A.) Personen, wel-

4. C. eod. [6.] §. 16. I. de excus. (1. 25.) L. 15. §. 9. L. 21. §. 1. L. pen. §. 1. eod. (27. 1.) L. 6. C. eod. (5. 62.). [7.] F. v. d. Brandeler de excus. tutor. et curat. Ultr. 1758. I. G. Scherz de excus. tut. Argent. 1713. G. A. Jenichen obs. sel. ex iure Germ. et S. R. I. publico de excus. tut. et curat. Giess. 1755.

[1.] §. 6. I. h. t. (1. 25.) L. 7. L. 40. pr. §. 1. h. t. (27. 1.). [2.] L. 12. §. 1. eod. [3.] A. M. ist Huber prael. ad I. L. 1. T. 25. §. 3. arg. L. 10. pr. h. t. (27. 1.). Allein s. §. 2. I. eod. [4.] §. 2. I. l. c. L. 10. pr. §. 2. L. 12. §. 1. eod. (27. 1.) L. 11. §. 2. de minor. (4. 4.). [5.] L. 30. pr. h. t. (27. 1.). E. G. Klügel de honorib. a tutel. et cur. excus. Vit. 1758.

che über 70 Jahre alt sind [1.]. B.) Die, welche in Angelegenheiten des Staats verreist sind, sofern ihnen bis zum ersten Jahr nach ihrer Rückkunft ein solches Amt angetragen wird [2.]. C.) Höhere Magistratspersonen [3.], welches man jetzt auf alle Obrigkeiten auszudehnen pflegt [4.]. D.) Bey den Protestanten alle Geistlichen [5.]. E.) Alle (Poeten und Musiker ausgenommen), welche als öffentlich bestellte Lehrer freyer Wissenschaften, oder als Aerzte in ihrer Vaterstadt thätig sind [6.], wohin man jetzt alle Professoren und academischen Docenten zu rechnen pflegt [7.]. Nach den Gesetzen ist der Unfleiſs ein Entsetzungsgrund vom Lehramt; aber auch der Unfleiſsige hat eine Excusation, wenn er im Amt gelassen wird [8.]. F.) Ein gleiches Privilegium hatten bey den Römern gekrönte Athleten [9.], Senatoren als berufene Vormünder eines Plebejers [10.], und manche Zünfte [11.]. Mit dem Object fallen aber jetzt alle diese Vorrechte weg. G.) Sind drey, nicht in kurzer Zeit beendigte, und nicht ein einziges Vermögen begreifende [12.] Tutelen in Einem Hause, welche auf Gefahr des Familien-Vaters administrirt werden [13.], so braucht ein Mitglied dieser Familie keine neue zu übernehmen [14.], wenn nicht jene gesucht oder unbedeutend sind [15.]. Eine einzige höchst beschwerliche Vormundschaft kann aber auch für drey gezählt werden [15.]. Gleichfalls excusirt ist H.) jeder, welcher in Rom 3, in Italien 4, in den Provinzen 5 eheliche, lebende, oder im Kriege gebliebene Kinder gezeugt hat [17.]; doch ist in Deutsch-

[1.] §. 13. I. h. t. (1. 25.) L. 2. eod. (27. 1.) L. un. C. qui aetat. se excusar. (5. 68.) L. ult. C. qui aetat. vel profess. (10. 49.). A. M. ist Voet L. 27. T. 1. §. 7. [2.] §. 2. I. h. t. (1. 25.) L. 10. pr. §. 2. eod. (27. 1.). Toullieu collect. n. 7. [3.] §. 3. I. eod. A. M. ist Giphanius ad §. 3. cit. [4.] Sande L. 1. Dec. 9. Def. 6. Schilter Ex. 27. §. 161. Stryk L. 27. T. 1. §. 3. [5.] S. oben §. 469. [6.] §. 15. I. h. t. (1. 25.) L. 6. §. 9. eod. (27. 1.) L. 6. C. de profess. et med. (10. 52.). Otto Thes. T. 4. p. 1573. [7.] Stryk l. c. §. 4. [8.] L. 11. §. 3. de muner. et honor. (50. 4.) L. 2. L. 8. C. de professor. (10. 52.). [9.] L. 6. §. 13. h. t. (27. 1.) L. un. C. de athletis (10. 53.). [10.] L. 15. §. 5. h. t. (27. 1.). [11.] L. 17. §. 2. 3. L. 26. L. 41. §. ult. L. ult. pr. §. 1. eod. [12.] L. 2. §. ult. L. 3. L. 17. pr. eod. [13.] L. 7. de tutel. (26. 1.) L. 21. de admin. tut. (26. 7.). [14.] L. 4. 5. h. t. (27. 1.). Huber Digr. L. 3. c. 23. [15.] L. 15. §. 15. L. 31. eod. [16.] L. 31. §. ult. eod. [17.] L. 2. §. 2—8. L.

land diese Verordnung schwer anzuwenden [18.]. Ein gleiches Privilegium haben I.) die, wenn man sie so nennen will, Erbpächter, nicht aber die Zeitpächter landesherrlicher Güter [19.], so wie K.) alle, welche Sachen des Fiscus, und besondere Angelegenheiten des Regenten administriren und besorgen [20.], welches auf Geschäftsführer der Städte nicht zu erstrecken ist [21.]. L.) Jeder, welcher da, wo er zum Vormunde bestellt wird, seinen Wohnsitz nicht hat [22.]. Auch kann man M.) die Administration der, über 100 Meilen von dem Ort, wo die Vormundschaft geführt wird, entlegenen Sachen ablehnen [23.], so wie N.) eine blofs aus Hafs vom Testator angeordnete Tutel [24.]. O.) Soldaten, welche ehrenvoll nach Endigung ihrer Capitulation entlassen wurden, haben, sofern der Mündel kein Cameradenkind ist, ein Jahr nach der Entlassung eine freywillige Excusation [25.]. Wurden sie ehrenvoll aus andern Gründen entlassen, so haben sie 2, 3, 4 Jahre, oder auf immer eine Excusation, je nachdem sie 8, 12, 16 oder 20 Jahre gedient hatten [26.]. Endlich hat P.) der zur Curatel eines Minderjährigen gerufeue, welcher vorher Tutor desselben gewesen war, eben dadurch einen Entschuldigungsgrund [27.]. Uebrigens stehen diese Excusationen allen, selbst den gesetzlichen Vormündern zu [28.]; sie fallen aber dagegen unbedingt weg, wenn der Berufene dem Vater des Kindes versprochen hat, sich seiner Excusation nicht zu bedienen [29.], oder wenn er das, was ihm mit Rücksicht auf die Vormundschaft hinterlassen ist, angenommen hat [30.].

18. eod. pr. I. eod. (1. 25.). [18.] Höpfner Comm. §. 240. [19.] L. 8. C. h. t. (5. 62.) vergl. mit L. ult. C. qui tut. dar. poss. (5. 34.). [20.] §. 1. I. h. t. (1. 25.) L. 22. §. 1. h. t. (27. 1.) L. 10. C. eod. (5. 62.). [21.] L. ult. C. qui tut. dar. poss. (5. 34.). [22.] L. 10. §. 4. L. ult. §. 2. h. t. (27. 1.) L. 32. de test. tutel. (26. 2.). [23.] L. 21. §. 2. 3. h. t. (27. 1.). [24.] §. 9. I. h. t. (1. 25.) L. 6. §. 17. eod. (27. 1.) L. 14. C. eod. (5. 62.). [25.] L. 8. pr. §. ult. eod. L. 1. 2. C. de excus. veteran. (5. 65.) L. ult. C. de his qui non implet. stipend. (10. 54.). [26.] L. 8. §. 2. 3. L. 1. C. cit. [27.] §. 18. I. h. t. (1. 25.) L. 20. C. eod. (5. 62.). Die Nichtanwendbarkeit dieser Bestimmung vertheidigt ohne Grund Höpfner Comm. §. 246. [28.] §. 16. I. l. c. L. 2. §. 5. L. 30. §. pen. h. t. (27. 1.) L. 1. 4. C. de legit. tutor. (26. 4.) L. 9. C. qui dar. tut. (5. 34.). Schulting ad Ulp. Fr. T. 11. §. 17. A. M. ist Cuiac in not. ibid. [29.] S. oben §. 475. [30.] L. 5. §. 2. de his quae ut indignis (34. 9.).

§. 482.

Verfahren über die Excusation, und deren Wirkungen.

Die Vorschützung und Ausführung der Excusation mufs bey dem competenten Magistrat binnen einer gewissen Zeit [1.], und zwar die Ausführung mündlich, wenn auch durch einen Procurator [2.], unter Zuziehung der Verwandten des Pupillen und des Curanden selbst geschehen [3.]. Wird die Excusation verworfen, so kann gegen das Decret appellirt werden [4.]. Wird sie aber überall für unzulässig erklärt, so ist der Vormund für den in der Zwischenzeit geschehenen Schaden verantwortlich [5.]. Während des Verfahrens über die Excusation ist ein Curator zu bestellen [6.]. Wird sie angenommen, so ist der Vormund frey, doch ist das Decret, sofern er es durch falsche Gründe erschlichen hat, null und nichtig, und aller Schaden geht auf seine Rechnung vom Augenblick der deferirten Vormundschaft [7.]. Auch verliert der testamentarische Vormund, welcher sich excusirt, alles, was ihm freywillig mit Rücksicht darauf, dafs er die Vormundschaft übernehmen werde, im Testament hinterlassen ist [8.], und eben diefs gilt von dem tutore confirmando [9.].

§. 483.

II.) Pflichten bey Uebernahme der Vormundschaft.

Kann ein Vormund sich der Vormundschaft nicht entziehen, so mufs er bey Uebernehmung derselben A.) nach Vorschrift der Reichsgesetze [1.], sofern er ein tutor administrans (§. 467.) ist [2.], sich die Administration von der Obrigkeit gestatten lassen; doch ist er auch vorher,

[1.] L. 16. L. 38. L. 39. L. 45. §. 1. h. t. (27. 1.). [2.] L. 32. eod. L. 71. de R. I. (50. 17.) vergl. mit L. 13. §. 10. h. t. (27. 1.). Donellus comm. L. 3. c. 9. Hahn ad Wesenb. L. 27. T. 1. in f. A. M. ist Lauterbah coll. L. 27. T. 1. §. 19. [3.] L. 13. §. 10. L. 38. h. t. (27. 1.) L. 6. C. eod. (5. 62.). [4.] L. 4. pr. D. L. 15. L. 18. C. eod. L. 20. de administr. tut. (26. 7.) L. 10. §. 4. L. 17. §. 1. de appell. (49. 5.). [5.] L. 15. C. h. t. (5. 62.) L. 26. L. 39. §. 6. de admin. tut. (26. 7.) [6.] L. 17. §. 1. de appell. (49. 5.). [7.] §. ult. I. de excus. (1. 25.) L. 1. 3. C. si tut. fals. alleg. (5. 63.). A. M. ist zum Theil Müller ad Leyser Obs. 608. [8.] L. 28. §. 1. L. 32. L. 34. L. 36. h. t. (27. 1.). Voet eod. §. 6. [9.] L. 32. de excus. (27. 1.).

[1.] Pol. Ordn. v. 1577. Tit. 32. §. 2. [2.] Müller ad Ley-

wo Gefahr beym Verzuge ist, einzutreten verpflichtet [3.]. Die testamentarische und gesetzliche Vormundschaft ist aber durch diese Vorschrift nicht aufgehoben [4.]. Ferner müssen B.) jetzt alle Vormünder über ihre Amtspflichten einen Eyd leisten [5.], und C.) durch Bürgen wegen ihrer Verwaltung Sicherheit stellen [6.]. Bey den Römern waren testamentarische, und vom höheren Magistrat nach vorgängiger Untersuchung bestellte Vormünder von der letzten Pflicht befreyt [7.]. Sodann muſs D.) jeder Vormund über die ihm anvertrauten Güter, um darüber gültige Verfügungen treffen zu können, ein öffentliches Inventarium sofort nach seiner Bestätigung errichten [8.]. Versäumt er dieſs, so kann in der Folge durch einen bloſsen Eyd des Klägers der Beweis gegen ihn geführt werden [9.]; auch trifft ihn die Strafe der Entsetzung und Infamie [10.]. Nur dann wird die Errichtung eines öffentlichen Inventars nicht von ihm verlangt, oder die Nichterrichtung verziehen, wenn er es nicht aufnehmen konnte, also wenn der Mündel durchaus nichts hat, oder der Vormund durch Krankheit gehindert ward [11.], oder wenn der Vater des Mündels im Testament die öffentliche Inventirung verboten hat [12.]. Das letzte entbindet jedoch den Vormund nicht von der Verpflichtung, ordentlich hauszuhalten, und nachher Rechnung abzulegen [13.]. Daſs der Mutter die Inventirung nachgelassen sey, wie manche [14.] meynen, steht nirgend [15.]. Endlich sind E.) mehrere zugleich zur Administration gerufene Vormünder verpflichtet, dafür zu sorgen, daſs Einer aus ihrer Mitte allein die Verwaltung übernehme, doch ist diese Pflicht nicht unbedingt. Es kann nämlich a.) die Majorität der Vormünder Einem allein die Verwaltung übertragen. b.) Kann, wenn mehrere Vormünder concurriren, welche nach Rö-

ser Obs. 593. [3.] L. 7. pr. de admin. tut. (26. 7.). [4.] Stryk U. M. L. 26. T. 3. §. 5. Grass collat. iur. Rom. Sect. 1. §. 7. [5.] Pol. Ordn. v. 1577. Tit. 32. §. 3. [6.] Pol. Ordn. a. a. O. In Praxi hält man den Besitz unbeweglicher Güter für hinlänglich. Schilter Ex. 37. §. 88. [7.] Tit. I. de satisdat. tutor. (1. 24.). [8.] L. 7. de admin. tut. (26. 7.) L. 24. C. eod. (5. 37.). [9.] L. 7. pr. cit. [10.] L. ult. §. 1. C. arbitr. tut. (5. 51.). [11.] L. 7. pr. de admin. tut. (26. 7.). Viel zu weit gehen Mevius P. 4. Dec. 8. Leyser Sp. 33. m. 13. [12.] L. ult. §. 1. C. arbitr. tutel. (5. 51.). Vinnius quaest. sel. L. 2. c. 16. [13.] L. 5. §. 7. h. t. (26. 7.). [14.] Hellfeld iur. for. §. 1331. [15.] Struv

mischem Recht keine Satisdation zu leisten brauchen, der eine durch Bestellung der Sicherheit die andern nicht cavirenden ausschliefsen, eine Vorschrift, welche jetzt, da alle Vormünder caviren müssen, nur dann anwendbar ist, wenn einem die Cautions-Leistung unmöglich seyn sollte. c.) Hann der Richter die Vormünder zur Uebertragung ihrer gesammten Rechte an einen Mitvormund zu bewegen suchen. Ist der Vereinigungsversuch fruchtlos, so müssen denn freylich alle zur Verwaltung gelassen werden [16.].

§. 484.

III.) Rechtsverhältnisse nach der Uebernahme.

Nach übernommener Vormundschaft entspringen aus der Uebernahme und Verwaltung derselben doppelte Rechtsverhältnisse, theils in Rücksicht des Vormundes in Verhältnifs zu dem Untergebenen und dessen Vermögen, theils mit Rücksicht beyder im Verhältnifs zu einem Dritten. Um die Darstellung zu vereinfachen, kann hier die Tutel und Curatel der Minderjährigen mit einander verbunden werden. Denn das Princip der Römer, dafs der Tutor der Person und den Sachen des Pupillen [1.], der Curator des Minderjährigen hingegen blofs den Sachen desselben vorgesetzt sey [2.], ist durch die Reichsgesetze dahin aufgehoben, dafs jedem Vormunde eines Minderjährigen die Person und die Sachen desselben unterworfen seyn sollen [3.].

§. 485.

1.) Pflichten des administrirenden Vormundes des Minderjähriger gegen

Man mufs zuvörderst die Pflichten des administrirenden Vormundes von denen des honorarii unterscheiden. In Rücksicht der ersten ist es Hauptgrundsatz, dafs der Vormund sich jedes geringsten Versehens enthalten, und den positiven Fleifs, welchen er auf seine eignen Sachen wendet, den Sachen des Mündels wid-

Ex. 31. §. 36. [16.] Vergl. überh. §. 1. I. de excus. (1. 25.) L. 17. L. 19. §. 1. de test. tut. (26. 2.) L. 3. de administr. tut. (26. 7.) L. 14. §. 1. de solut. (46. 3.).

[1.] L. 1. §. 1. de tutel. (26. 1.). [2.] §. 2. I. de curat. (1. 23.). [3.] Pol. Ordn. v. 1577. Tit. 32. §. 3. I. F. Meyer comment. de eo quod interest inter tutel. et cur. aetat. Goett. 1792. §. 37. fgg. A. M. ist mit vielen Höpfner Comm. §. 230.

den Mündel. men muſs [1.]. Nur die Erben des Vormundes brauchen, wenn nicht die Sache schon bey dem Leben desselben anhängig gemacht war, bloſs die culpa lata ihres Erblassers zu verantworten, sofern sie nicht durch geringere Versehen desselben bereichert sind [2.]. Die Amtsverrichtungen des Vormundes [3.] sind jedoch nicht unbedingt dem Ermessen desselben überlassen, sondern in einigen Fällen ist noch die Zustimmung der Obrigkeit erforderlich.

§. 486.

A.) Ohne Concurrenz des Richters. Ohne Concurrenz der Obrigkeit kann und muſs der Vormund A.) die Person seines Mündels auf jede Art vertheidigen [1.]; doch trägt er alle, aus einem leichtsinnig angefangenen Proceſs entspringenden nachtheiligen Folgen [2.]. B.) Muſs er das Vermögen des Pupillen als ein guter Hausvater zu erhalten suchen, also das Nöthige auf die Erhaltung der Sachen verwenden [3.], sie wohl verwahren [4.], und die ausstehenden Activa des Mündels, sofern Gewinn dabey zu hoffen ist, eintreiben [5.], wobey er gegen sich selbst, wenn er Schuldner ist, wie gegen einen Dritten verfahren muſs [6.]. Gehen die Capitalien durch seine Saumseeligkeit verloren, so haftet er dafür [7.]; doch wird in Rücksicht der, von dem Vorgänger im Amt, oder von dem Vater des Mündels ausgeliehenen Gelder nicht mit voller Strenge gegen ihn verfahren [8.]. Von den nicht eingehobenen Zinsen muſs der Vormund zur Strafe wieder Zinsen geben [9.], selbst dann, wenn er selbst

[1.] L. 33. de admin. tut. (26. 7.) L. 1. pr. de tutel. et rat. distr. (27. 3.) L. 7. C. arbitr. tutel. (5. 51.). Donell comment. L. 15. c. 20. A. M. ist Franzke Ex. 3. qu. 9. [2.] L. 1. C. de hered. tutor. (5. 54.). Hotomann L. 12. Obs. 22. A. M. sind Cuiac L. 13. Obs. c. 39. Wehrn de dolo, culpa etc. §. 40. et ibi citat. [3.] S. überh. Claproth Unterricht für Vormünder. Leipz. 1773.

[1.] L. 14. de test. tut. (26. 2.) L. 30. h. t. (26. 7.). I. G. Schlosser de offic. tutor. circa lites pupillor. Alt. 1762. [2.] L. 9. §. 6. eod. L. 7. C. eod. (5. 37.). Leyser Sp. 333. m. 11. Müller Obs. 601. [3.] L. 22. C. eod. [4.] L. 24. C. eod. [5.] L. 15. L. 46. §. ult. h. t. (26. 7.). Leyser Sp. 333. m. 10. [6.] L. 9. §. 1. eod. [7.] L. 15. L. 39. L. 43. L. 47. §. 5. L. 50. eod. [8.] L. 35. L. 44. eod. L. 19. de tutel. et rat. distr. (27. 3.) L. 2. C. arbitr. tut. (5. 51.). [9.] L. 7. §. 3.

als Schuldner im Rückstand blieb [10.]. Auch muſs er alle dem Verderben ausgesetzten Sachen zeitig veräussern [11.]. Ferner muſs er C.) das Vermögen des Pupillen zu vermehren suchen, und zu dem Ende die Capitalien desselben, wenn es möglich ist, welches man vermuthet, sofern er seine eignen Gelder angebracht hat [12.], sicher, d. h. gegen Bürgen oder Pfänder auf Zinsen ausleihen [13.], zwar nicht unbedingt nach Justinians Vorschrift [14.], aber wohl nach der heutigen Praxis [15.], oder die Gelder zum Ankauf unbeweglicher Güter verwenden [16.]. Versäumt er dieſs, so muſs er im ersten Jahr der Verwaltung vom Augenblick der Einhebung der Gelder nach 6, in den folgenden Jahren nach 2 Monaten zur Strafe landesübliche Zinsen geben [17.]. Auch sich selbst kann er, wenn es öffentlich und ohne Gefährde geschieht, ein Capital als verzinslich zuschreiben [18.]. Verwendet er es aber heimlich zu seinem Nutzen, so muſs er 12. p. c. Zinsen erlegen [19.]. Einen vom Vater des Mündels ererbten Handel kann er, besonders wenn es im Testament befohlen ist, fortsetzen [20.], nur darf das Geschäft nicht miſslich seyn [21.]. Er ist ferner D.) verpflichtet, die Zwangsverbindlichkeiten seines Mündels zu erfüllen [22.], nicht aber dessen Gewissenspflichten [23.]. Er darf daher auch keine Geschenke machen, ausgenommen wo Anstand und Schicklichkeit dergleichen erfordern [24.]. Hat er selbst etwas als Gläubiger zu fordern, so kann er gegen sich, wie gegen einen Dritten handeln [25.]. Wegen aller dieser Punkte muſs er E.) nach heutigem Recht dem, ihn bestätigenden Magistrat jährlich Rechnung ablegen [26.].

L. 10. L. 15. L. 58. §. 1. h. t. (26. 7.). [10.] L. Menken de tutore ad usur. usurar. obligat. §. 3. fgg. A. M. sind Meditationen über versch. Rechtsmat. 1. B. n. 31. [11.] L. 7. §. 1. eod. L. 22. C. eod. (5. 37.). [12.] L. 13. §. 1. D. eod. [13.] Novell. 72. c. 6. Püttmann miscell. Sp. 1. c. 3. Müller ad Leyser Obs. 599. [14.] Nov. 72. c. 6. [15.] Carpzov P. 2. C. 11. Def. 22. 23. [16.] L. 7. §. 3. h. t. (26. 7.). [17.] L. 7. §. 3. L. 15. eod. L. 24. C. eod. (5. 37.). [18.] L. 54. D. eod. [19.] S. oben §. 260. [20.] L. 58. eod. [21.] L. 5. §. 9. eod. Pufendorf T. 3. Obs. 11. [22.] L. 9. §. 1. 5. L. 13. §. 2. eod. L. 23. C. eod. (5. 37.). [23.] L. 12. §. 3. eod. [24.] L. 12. §. 3. L. 22. eod. [25.] L. 9. §. 5. 7. eod. Lauterbach coll. L. 26. T. 7. §. 28. [26.] R. A. v. 1548. Tit. 31. §. 3.

§. 487.

Fortsetzung.

Endlich mufs F.) der Vormund in den Fällen, da der Mündel durch einen Vertrag direct, oder indirect verpflichtet werden soll [1.], durch seine Zustimmung dem Geschäft Gültigkeit verschaffen. Aus wichtigen Gründen kann er seine Zustimmung verweigern. Hat er keine solche, so wird er freylich nicht dazu gezwungen, doch ist er wegen der daraus folgenden Nachtheile verantwortlich, auch kann der Magistrat seine Zustimmung ergänzen [2.]. Aufserdem mufs noch folgendes hiebey beobachtet werden. A.) Ein Vormund kann durch seine Einwilligung kein Geschäft gültig machen, welches durch testamentarische oder richterliche Verfügung einem Mitvormunde übergeben ist [3.]. Führen mehrere ungetheilt, oder vermöge eines blofsen Vertrags getheilt die Vormundschaft, so ist schon die Zustimmung eines einzelnen hinreichend, ausgenommen, wenn durch das Geschäft (z. B. Arrogation) die ganze Vormundschaft aufgehoben werden soll [4.]. B.) Der Vormund kann, wenn von seinem oder seiner Familienglieder Vortheil die Rede ist, kein Geschäft unter seiner Auctorität mit dem Mündel schliefsen [5.], ausgenommen wenn es auf einer öffentlichen Versteigerung ohne Gefährde geschieht [6.]. Sonst mufs ein Mitvormund, oder besonders bestellter Curator einwilligen [7.]. C.) Solange der Mündel ein Kind ist, handelt der Vormund allein [8.]. Nachher kann er ihn, wenn er will, zuziehen [9.]; doch mufs er diefs thun, wo besondre Feyerlichkeiten die Gegenwart des Mündels erfordern [10.]. D.) Der Tutor mufs nach den Gesetzen seine Einwilligung (auctoritas) sofort, unbedingt, und, wenn der Pupill mit einem Gegenwärtigen contrahirt, mündlich ertheilen [11.]. Die Einwilligung

[1.] pr. I. de auct. tut. (1. 21.) L. 18. de pignor. act. (13. 7.) L. 9. pr. h. t. (26. 8.). [2.] L. 17. eod. L. 1. §. 5. quod falso tut. (27. 6.). [3.] L. 4. h. t. (26. 8.) L. ult. C. de auctoritat. praestanda (5. 59.). [4.] L. ult. C. cit. L. 4. L. 14. §. 1. de solut. (46. 3.) L. 49. §. 1. de acquir. vel omit. her. (29. 2.). [5.] L. 5. §. 2. 5. 6. L. 7. §. 2. h. t. (26. 8.). [6.] L. 3. L. 4. §. 7. L. 46. de contr. emt. (18. 1.) L. 5. C. eod. (4. 38.). [7.] §. ult. I. h. t. (1. 21.) L. 3. §. 2. de tutel. (26. 1.) L. 5. h. t. (26. 8.) Nov. 72. c. 2. [8.] L. 9. h. t. (26. 8.). [9.] L. 1. §. 2. 3. quando ex fact. tut. (26. 9.). [10.] L. 35. §. 3. ad SCt. Trebell. (36. 1.) L. 5. C. de iure delib. (6. 30.). [11.] L. 1. §. 1. L. 2. L. 8. L. 9. §. 5. L. 4. h. t. (26. 8.). Bardili de

des Curators (consensus) ist nirgend an diese Requisite gebunden. Sie analogisch darauf anzuwenden, ist aber gewagt, da es unausgemacht ist, ob jene Vorschriften auf Ideen von der Feyerlichkeit der auctoritas beruhen [12.], oder auf in sich vernünftigen Gründen, welches in Betreff der mehrsten Punkte sehr wohl gedacht werden kann [13.]. In dieser Ungewifsheit kann man dann von dem Curator nichts weiter fordern, als was aus dem Begriff der Zustimmung folgt. Alles was die Gesetze über die auctoritas vorschreiben, mufs aber eben deswegen als durchaus practisch angesehen werden [14.]. Uebrigens hat der Vormund für seine eignen Angelegenheiten durchaus keinen Nachtheil von der Billigung eines Geschäfts des Mündels [15.].

§. 488.

B.) Mit dessen Concurrenz. a.) Erziehung des Mündels.

Die Concurrenz des Magistrats kann und mufs Statt finden: 1.) Wenn Bestimmungen über die Erziehung und Ernährung des Mündels gemacht werden sollen. Ist 1.) in Betreff der Erziehung im Testament des Vaters bestimmt, bey wem der Mündel erzogen werden soll, so bleibt es dabey, wenn der Richter die Person nicht untauglich findet [1.]. Sonst aber wählt der Richter zum Erzieher, wen er will; doch mufs er zunächst der Mutter und Grofsmutter das Kind anvertrauen, falls sie nicht unfähig, oder zur zweyten Ehe geschritten sind [2.]; wiewohl man jetzt den letzten Umstand nicht mehr in Betracht zu ziehen pflegt [3.]. Bey der Wahl der übrigen Verwandten mufs der Richter besonders vorsichtig seyn [4.], und natürlich eben so, wenn der Erzieher nicht der Religion des Mündels zugethan ist [5.]. Wer vom Testator oder Richter zum Erzieher gewählt ist,

auctor. tutor. P. G. v. d. Poll de auctor. tut. Lugd. B. 1708. [12.] Wie die mehrtsen mit Faber semestr. L. 2. c. 24. behaupten. [13.] Cuiac. Obs. L. 15. c. 16. Höpfner Comm. im Anhange. Meyer l. c. cap. 2. §. 3. [14.] Lauterbach coll. L. 26. T. 8. §. 8. A. M. sind viele mit Struv Ex. 31. §. 42. Die Reichsgesetze haben auch darin nichts geändert. [15.] L. 26. C. de administr. tutor. (5. 37.).

[1.] L. 1. §. 1. h. t. (27. 2.). [2.] L. 5. eod. L. 1. C. h. t. (5. 49.) Nov. 22. c. 18. [3.] Stryk L. 27. T. 2. §. 2. Voet eod. §. 1. [4.] L. 2. C. h. t. (5. 49.). [5.] Schilter Ex.

wird in der Regel nicht gezwungen, es sey denn, dafs er ein Freygelafsner, Blutsfreund oder Schwager wäre [6.]. Die Weigerung zieht aber den Verlust dessen, was im Testament mit Rücksicht auf die Uebernahme der Erziehung hinterlassen ist, nach sich [7.]. 2.) Ist das Maafs der Alimente nicht durch den Vater bestimmt, worauf zunächst, jedoch nur, wenn der Mündel dadurch nicht leidet, gesehen wird [8.], so trifft der Richter darüber die gehörige Verfügung, oder der Vormund allein, wenn das Interesse des Pupillen bey Offenbarung des Vermögens desselben leiden sollte [9.]; auch kann der Vormund von einer aus Irrthum unweise getroffenen obrigkeitlichen Verfügung abgehen [10.]. Alles, was eine zweckmäfsige, anständige Erziehung erfordert, mufs dem Mündel ausgesetzt werden [11.], gesetzt das Vermögen desselben sollte auch ganz dabey aufgehen [12.]. Immer ist jedoch zunächst dahin zu sehen, dafs nicht blofs die Substanz erhalten, sondern auch von den Renten jährlich etwas zurückgelegt werde [13.]. Verweigert der Vormund die Alimente, und verbirgt er sich, so wird der Mündel in dessen Güter eingewiesen; auch folgt die Strafe der Entsetzung [14.], welche letzte, verbunden mit andern Strafen, auch dann verhängt wird, wenn der Vormund den Mündel wegen einer erlogenen Armuth nicht ernähren will [15.].

§. 489.

b.) Veräufserung der Mündelgüter.

Eben so ist II.) der Vormund in der Regel bey Veräufserung der Güter des Mündels an die Zustimmung der competenten Obrigkeit gebunden, d. h. des Richters, welcher ihn bestellt hat, nicht aber des Richters, in dessen Gerichtsbezirk die Sachen liegen, sofern nicht der Vormund von diesem Richter die Administration dieser Sachen durch eine Theilung der Vormundschaft sollte erhalten haben

37. §. 163. [6.] L. 1. §. 2. h. t. (27. 2.) L. 1. C. eod. (5. 49.). [7.] L. 1. §. 3. D. eod. [8.] L. 2. §. 2. 3. L. 3. §. ult. eod. [9.] L. 2. §. 3. L. 5. §. 5. L. 4. eod. L. 3. C. de alim. praest. (5. 50.). [10.] L. 2. §. 1. 2. D. eod. [11.] L. 3. L. 4. eod. L. 12. §. 3. de admin. tut. (26. 7.). [12.] L. 3. pr. §. 1. de contr. tut. act. (27. 4.). [13.] L. 3. §. 1. h. t. (27. 2.). [14.] L. 3. §. 14. L. 7. §. pen. de suspect. tut. (26. 10.). [15.] §. 10. I. de suspect. tutor. (1. 26.).

[1.]. Ehemals konnte der Vormund alle Sachen allein veräufsern [2.]. Seit Sever nicht ohne Decret die praedia rustica und suburbana [3.]. Nach Constantins und Justinians Vorschriften und den Reichsgesetzen darf er in der Regel ohne Decret nichts veräufsern, es sey denn, dafs die Sache durch Aufbewahren verderben würde [4.]. Der Begriff der verderbbaren Sachen ist offenbar sehr schwankend [5.]. Die Praxis gestattet häufig dem Vormund die einseitige Veräufserung aller beweglichen Sachen [6.].

§. 490.

Was ist hier Veräufserung.

Der Begriff der Veräufserung wird hier im weitesten Sinn genommen, und befafst alles, wodurch der Vormund den Rechten seines Mündels etwas vergibt [1.], selbst die Entsagung eines ipso iure angefallenen Gewinns [2.], die Erwerbung einer Sache unter dem pacto reservatae hypothecae [3.], und die Annahme einer Zahlung vom Schuldner des Mündels. Denn bezahlt ein Schuldner des Mündels dem Vormunde ohne ein Decret des Magistrats (geringe, zwey Jahre rückständige Zinsen und Gefälle ausgenommen): so mufs er, wenn das Geld verschleudert wird, nochmals bezahlen [4.]. Nur die Klugheit, aber nicht

[1.] L. 5. §. 12. de reb. eor. (27. 9.) L. 27. de tutor. et curator. (26. 5.) L. 21. §. 2. de excusat. (27. 1.) Voet L. 27. T. 9. §. 5. [2.] L. 8. §. 1. h. t. (27. 9.) L. 22. C. de admin. tutor. (5. 37.). [3.] L. 1. §. 2. D. eod. [4.] L. 22. L. ult. C. de admin. tut. (5. 37.) L. ult. C. quando decret. op. non sit. (5. 72.) Pol. Ordn. v. 1577. Tit. 32. §. 3. [5.] Leyser Sp. 344. cor. 3. Wernher lect. comm. L. 26. Tit. 7. §. 19. [6.] Claproth iurispr. heurem. p. 158. not. i.

[1.] L. 1. §. 2. L. 3. §. 4. 5. 6. L. 7. §. 1. L. pen. h. t. (27. 9.) L. 22. C. de admin. tut. (5. 37.) L. 13. 15. C. de praed. et al. reb. minor. (5. 71.) L. 3. C. de praescr. 30. vel 40. annor. (7. 30.). [2.] L. 5. §. 8. h. t. (27. 9.) Voet eod. §. 3. Viele sagen unbedingt mit Boehmer ius. D. eod. §. 1. jede Ausschlagung eines Gewinnes sey Alienation. [3.] L. 1. §. ult. L. 2. in fin. eod. vergl. mit Meier Colleg. Argent. eod. §. 8. [4.] §. 2. I. quib. alien. lic. vel non (2. 8.) L. 25. 27. C. de admin. tut. (5. 37.) Born de solut. pupill. ac minor. et ab iis tuto facienda. (in Collect. Diss. n. 2.) A. M. ist Prehn Beantw. d. Fr.: kann ein Schuldner Pupillen- und Kinder-Gelder mit völliger Sicherheit ohne Decret an den Vormund

die practische Anwendbarkeit der letzten Bestimmung läſst sich bestreiten [5.].

§. 491.

Verfahren des Richters.

Da, wo ein Decret der Obrigkeit erforderlich ist, hat diese folgendes zu beobachten: 1.) Sie muſs eine förmliche Untersuchung darüber anstellen, ob die Veräuſserung wirklich nothwendig sey, welches nur eintreten kann, wenn Zwangspflichten des Mündels zu erfüllen, oder eigne Bedürfnisse desselben zu befriedigen, und Sachen desselben zu erhalten sind [1.]. Des Nutzens wegen kann die Veräuſserung nicht gestattet werden [2.]. Zugleich muſs zur Veräuſserung die entbehrlichste Sache, und die Art der Veräuſserung gewählt werden, welche die Rechte des Mündels am wenigsten sofort aufhebt [3.]. Hierauf ist 2.) ein ordentliches Veräuſserungs-Decret abzugeben, welches auch ratihabirend seine Kraft äuſsert [4.]. Daſs aber 3.) die Veräuſserung mittelst öffentlicher Versteigerung geschehe, ist eine zwar gemeine [5.], aber irrige Behauptung, welche weder durch Vernunft, noch Gesetze unterstützt wird [6.]. Nach der Veräuſserung muſs die Obrigkeit dann weiter Sorge tragen, daſs das Eingenommene zu seinem Zweck verwandt werde [7.].

§. 492.

Ausnahmen, da der Vormund allein verfährt.

In einigen Fällen bedarf es jedoch bey der Veräuſserung aufbehaltbarer Sachen nicht der Concurrenz des Magistrats. Nämlich 1.) ein Dritter kann die Sache des Mündels veräuſsern, wenn er das Recht dazu von einem

und Vater zahlen? Rostock. 1800. [5.] I. H. Baleke de solut. pecun. pupillar. Rost. 1756. §. 23. A. M. ist Lupin de debitore pecun. pupillar. tuto solvente. §. 8. fgg.

[1.] L. 1. §. 2. L. 5. §. 9. L. 10. L. 11. h. t. (27. 9.) L. 61. §. 1. de iure dot. (23. 3.) L. 6. L. 12. C. de praed. et al. reb. minor. (5. 71.). [2.] L. 5. §. 14. L. pen. h. t. (27. 9.) L. 12. C. de praed. et al. reb. minor. (5. 71.). Leyser Sp. 344. m. 1. Struben 2. B. 54. Bed. A. M. ist Voet L. 27. T. 9. §. 8. Müller ad Leyser Obs. 614. [3.] L. 5. §. 9—13. L. 7. §. 3. 4. h. t. (27. 9.). [4.] L. 6. C. de praed. et al. reb. min. (5. 71.) Hellfeld iur. for. §. 1386. [5.] Stryk L. 27. T. 9. §. 6. [6.] Cocceii I. C. eod. qu. 4. Leyser Sp. 344. m. 4. Müller Obs. 615. [7.] L. 5. §. 13. eod.

Vorgänger des Mündels erworben hat [1.]. 2.) Der Vormund ist dazu befugt A.) wenn der Vater des Mündels, oder der Regent, es gestattet hat, gesetzt das Testament des Vaters sollte auch irritum geworden seyn [2.]. B.) Wenn eine Rechtsnothwendigkeit vorhanden ist, grade diese Sache zu veräufsern [3.]. C.) Wenn er Gelder zahlt, ausleiht, oder zur Anschaffung andrer Sachen verwendet [4.]. D.) Wenn er gerichtliche Cautionen durch Pfänder für den Mündel zu bestellen hat [5.]. E.) Wenn er eine demselben verpfändete Sache veräufsert [6.], oder F.) dessen Sache einem Gläubiger verpfändet, welcher Geld hergegeben hat, womit ein andrer Pfandgläubiger abgefunden ist [7.]. G.) Wenn ein Mündel dem andern Geld zur Anschaffung einer Sache leihet, und sich daran ein Pfandrecht bedingt [8.]. Endlich H.) wenn der, welcher gültig die Sache des Mündels erstanden hat, seine Schuldigkeit nicht leistet, in welchem Fall der Vormund an dessen Stelle treten kann [9.].

§. 493.

Folgen verbotener Veräufserungen.

Veräufsert der Vormund in den Fällen, da ihm eine einseitige Veräufserung erlaubt ist, auf eine an sich unerlaubte Weise, nämlich umsonst [1.]; veräufsert er in den übrigen Fällen ohne ein Decret, oder ohne eine diesem vorhergehende Untersuchung, oder ohne dafs ein Grund zur Abgebung des Decrets vorhanden war [2.]; überschreitet er ferner die Grenzen des Decrets [3.], oder ist endlich dasselbe erschlichen [4.]: so ist in allen Fällen, je-

[1.] L. 1. §. 2. in f. L. 7. §. 1. h. t. (27. 9.). [2.] L. 1. §. 2. L. ult. eod. L. 2. C. quando decreto non opus (5. 72.). [3.] L. 3. §. ult. L. 4. L. 5. L. 7. §. 10. quib. et causs. in poss. eat. (42. 4.) L. 1. §. 2. L. 5. §. 4. h. t. (27. 9.) L. 2. L. pen. C. de praed. et al. reb. minor. (5. 71.) L. 1. C. quando decreto non opus. (5. 72.). [4.] L. 23. 24. C. de praed. et al. reb. min. (5. 71.). [5.] L. 3. C. de admin. tut. (5. 37.). [6.] L. 5. §. 3. h. t. (27. 9.). [7.] L. 7. §. 5. eod. [8.] L. 3. pr. eod. [9.] L. 56. de admin. tut. (26. 7.).

[1.] S. oben §. 486. [2.] L. 12. de curat. furios. (27. 10.) L. ult. C. si maior. fact. alien. fact. sine decr. (5. 74.) L. 28. de admin. tut. (26. 7.) Leyser Sp. 344. m. 4. Voet l. c. §. 9. [3.] L. 7. §. 3. h. t. (27. 9.). [4.] L. 5. §. 15. eod. L. 5. C.

doch nur zum Vortheil des Mündels [5.], die Veräufserung nichtig, der Mündel behält seine Rechte und Klagen [6.], und kann die Sache vor jedem Besitzer, welcher stets gegen den Mündel den Beweis der förmlich geschehenen Veräufserung zu führen hat [7.], abfordern [8.], auch seine widerrechtlich handelnden Vorsteher auf Entschädigung belangen [9.]. Bey der Vindication seiner Sachen braucht der Mündel auch nur insofern, als er durch den Handel bereichert ist, den Beklagten zu entschädigen [10.].

§. 494.

Gültigwerden derselben.

In einigen Fällen wird jedoch ausnahmsweise eine nichtige Veräufserung gültig, und zwar 1.) wenn der Mündel als Mündiger durch einen körperlichen Eid das Geschäft bekräftigt [1.], oder 2.) dasselbe nachher als Volljähriger ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat [2.], welches zuweilen aus dem blofsen Ablauf eines fünfjährigen Zeitraums geschlossen wird [3.]. 3.) Wenn der Vormund Erbe des Mündels, oder dieser Erbe jenes wird; jedoch hier nur nach Maafsgabe der Gröfse des Erbtheils des Erben [4.].

§. 495.

2.) Pflichten des

Auch der Mündel hat gegen den Vormund Verpflichtungen, nämlich dahin, dafs er A.)

de praed. et al. reb. min. (5. 71.). [5.] L. 1. 2. C. si maior. fact. alienat. fact. (5. 74.) L. 6. C. arbitr. tut. (5. 51.) Lauterbach coll. L. 27. T. 9. §. 17. [6.] L. 46. §. ult. de admin. tut. (26. 7.). [7.] L. 13. §. ult. de publ. in rem act. (6. 2.) Voet l. c. §. 11. A. M. ist Boehmer l. c. §. 9. [8.] L. 5. §. pen. h. t. (27. 9.) L. 11. 15. C. de praed. et al. reb. min. (5. 71.). [9.] L. 5. §. pen. cit. L. 7. C. arbitr. tut. (5. 51.). [10.] L. 10. 16. C. de praed. et al. reb. minor. (5. 71.).

[1.] L. 1. C. si advers. vendit. (2. 28.) et Auth. Sacramenta puberum ibid. Boehmer J. E. P. L. 2. T. 24. §. 23. Quistorp Beytr. 2. Aufl. n. 24. [2.] L. 1. 2. C. si maior. fact. al. ratih. (2. 46.) L. 20. C. locati (4. 65.) Leyser Sp. 345. m. 5. [3.] L. 3. C. si maior. fact. al. ratih. (2. 46.) Meine Schrift über Bes. u. Verj. 2. Thl. §. 55. Die weitere Ausführung unten in der Lehre von der Verjährung. [4.] Voet L. 27. T. 9. §. 14.

Mündels gegen den Vormund. der Leitung des Vormundes in so weit folge, als er dessen Gewalt unterworfen ist; B.) daſs er denselben wegen alles dessen, was er als Vormund nützlich [1.], wenn auch nicht daurend [2.], aufgewandt hat, entschädige [3.]; also auch angeliehene Gelder nach landesüblichem Fuſs verzinse [4.], und ihn von übernommenen Verbindlichkeiten befreye [5.]; demnächst auch den zufälligen Schaden ersetze, welchen der Vormund bey Ausübung seines Amts, oder durch des Mündels Schuld erlitten hat [6.]. Endlich C.) daſs er dem Vormunde das Versprochene, oder demselben nach Gewohnheiten (§. 479.) gebührende Salair bezahle [7.].

§. 496.

3.) Verhältniſs zum Dritten. A.) Des Vormundes. Was das Verhältniſs des Vormunds und Mündels zu einem Dritten betrifft, so ist es zuvörderst in Rücksicht des Vormundes Regel, daſs er Namens des Mündels alle Rechte desselben gegen den Dritten ausüben [1.], aber auch dagegen von dem Dritten auf Erfüllung der Zwangspflichten des Mündels belangt werden kann [2.]; jedoch nur so lange, als die Vormundschaft dauert [3.]. Denn nachher findet bloſs dann eine Klage wider ihn Statt, wenn er in eigenem Namen gehandelt [4.], oder sich selbst durch Arglist oder Versprechungen verpflichtet hat [5.].

[1.] L. 9. §. 6. de admin. tut. (26. 7.) L. 3. §. 8. de contr. tut. act. (27. 4.). [2.] L. 9. pr. §. 7. eod. [3.] L. 1. pr. §. 4. 5. eod. L. 2. C. de alim. pupill. (5. 50.). [4.] L. 3. §. 1—6. D. eod. L. 37. de usur. (22. 1.). [5.] §. 2. J. de obl. quae quas. ex cont. (3. 28.). [6.] L. 46. de O. et A. (44. 7.) Arg. L. 52. §. 4. pro soc. (17. 2.) Voet L. 27. T. 4. §. 4. [7.] L. 33. in f. de admin. tut. (26. 7.) L. 2. §. 3. ubi pup. educ. (27. 2.).

[1.] L. 15. L. 32. §. 1. 2. de admin. tut. (26. 7.). [2.] L. 5. pr. quando ex fact. tut. (26. 9.) [3.] L. ult. eod. L. 1. C. eod. (5. 39.). [4.] Arg. L. 67 de procur. (3. 3.) L. 3. §. 2. de admin. rer. ad civ. pert. (50. 8.). [5.] L. 5. pr. §. 1. h. t. (26. 9.) L. 15. C. de admin. tut. (5. 37.).

§. 497.

B.) Des Mündels. a.) aus Handlungen des Vormundes.

Der Mündel kann auf mancherley Art Rechte gegen einen Dritten erhalten, und demselben verpflichtet werden, theils durch die Handlungen des Vormunds allein, theils auf andre Art. Hat der Vormund allein ein Geschäft des Mündels besorgt, welches zu vermuthen ist, wenn es seiner Natur nach den letzten angeht [1.], so erwirbt A.) der Mündel insofern Rechte daraus, daſs er, Falls es Namens seiner geschlossen ist, den Dritten actione utili belangen kann [2.]. Ist das Geschäft nicht namentlich für ihn geschlossen, so kann er es nach Willkühr als gültig anerkennen, und daraus klagen, oder seine Sachen vindiciren [3.]. An den einseitig mit seinem Gelde erkauften Sachen erlangt er ein (nur dem wahren Eigenthümer nicht nachtheiliges) Eigenthumsrecht [4.], oder Falls er davon keinen Gebrauch machen will, eine stillschweigende Hypothek [5.]. Dagegen kann aber auch B.) gegen den Mündel aus den für ihn geschlossenen Geschäften actione utili geklagt werden [6.]. Hat der Vormund arglistig gehandelt, und zwar bey einem, in eignem Namen geschlossenen Geschäft: so ist er allein in Anspruch zu nehmen [7.]. Geschah es bey einem Geschäft des Mündels, so haftet dieser nur so weit, als er bereichert ist [8.]. Im Uebrigen kann er sich durch Abtretung seiner Klagen wider den Vormund von den Entschädigungsforderungen des Dritten ganz befreyen [9.].

[1.] Mascard de probat. Concl. 38. Carpzov P. 2. c. 11. D. 38. [2.) L. 2. L. 6. quando ex fact. tutor. (26. 9.) L. 2. L. 4. L. ult. C. eod. (5. 39.). [3.] L. 2. D. L. 2. C. eod. [4.] L. 2. D. L. 3. C. eod. L. 3. C. arbitr. tut. (5. 51.) A. M. ist Westphal Pfandrecht §. 100. und Dabelow v. Concurs. 2. Aufl. S. 364 — 373. [5.) L. 7. pr. qui pot. in pign. (20. 4.). [6.] L. 5. L. 7. h. t. (26. 9.) L. 1. 3. 5. C. eod. (5. 39.) [7.] L. 3. 4. D. eod. vergl. mit L. 46. §. 4. de procurat. (3. 3.) L. 25. §. 2. de donat. int. V. et U. (24. 1.). [8.] L. 3. D. cit. L. 15. pr. de dolo mal. (4. 3.). [9.] L. ult. de admin. tut. (26. 7.). Ueber die Ideen andrer s. Leyser Sp. 335. m. 3. 4. Struv synt. L. 26. T. 9. §. 48. Wernher lect. comm. eod. §. 2. Müller ad Leyser Obs. 605.

§. 498.

b.) aus andern Gründen.

In Rücksicht der übrigen Arten, wie Rechte und Verbindlichkeiten des Minderjährigen wirklich werden können, mufs man nach Römischem Recht so unterscheiden: I.) der Minderjährige hat ein ihm anzurechnendes Verbrechen begangen, oder es sind Thatumstände vorhanden, welche auch den Grofsjährigen ohne seine Einwilligung verpflichten würden (obligatio ex re): alsdann werden alle Mündel auch ohne Concurrenz des Vormundes verpflichtet [1.]. Ist aber II.) von erlaubten Geschäften die Rede, welche Einwilligung voraussetzen, so hat entweder 1.) die Zustimmung des Vormundes dabey Statt gefunden: dann wird nach dem bisherigem, wenn alle Formen beobachtet sind, der Mündel dem Dritten verpflichtet. 2.) Der Mündel handelte einseitig. War er dann A.) ein Kind, so ist das Geschäft von beyden Seiten null und nichtig [2.]. Nur blofs die Besitzergreifung eines Kindes ex caussa donationis hat rechtliche Wirkung [3.]. War der Mündel B.) über die Jahre der Kindheit hinaus, aber doch a.) unmündig, so kann er einseitig Rechte erwerben, nicht aber sich verpflichten, und das Geschäft gilt also nur zu seinem Vortheil [4.], doch kann bey von beyden Seiten lästigen Geschäften der andre Contrahent, welcher von dem Mündel belangt wird, die ihm obliegende Leistung durch die Einrede des nicht erfüllten Vertrages von sich abwenden [5.]. Die Frage: ob der Mündel nicht wenigstens natürlich verpflichtet werde? mufs man theils bejahen, theils verneinen [6.], jenes nämlich, sofern vom Dritten accessorisch verpflichteten, oder als Nachfolger an die Stelle des Mündels tretenden Personen; dieses sofern vom Mündel selbst die Rede

[1.] L. 23. §. 1. de dol. mal. (4. 3.) L. 46. de O. et A. (44. 7.) L. 23. de furt. (47. 1.) L. 111. de R. J. (50. 17.) Weber über die nat. Verb. §. 71. [2.] §. 10. I. de inutil. stipul. (3. 20.) L. 70. de V. O. (45. 1.) L. 20. C. de donat. (8. 54.) [3.] L. 3. C. de acquir. vel retin. poss. (7. 32.) Meine Schr. über Bes. u. Verj. 1. Thl. §. 10. a. E. [4.] L. 28. pr. de pact. (2. 14.) §. 9. 10. I. de inutil. stipul. (3. 20.) L. 13. §. 29. de act. E. V. (19. 1.) L. 5. de R. I. (50. 17.). [5.] L. 34. §. 3. de contr. emt. (18. 1.) Voet L. 19. T. 1. §. ult. L. 26. T. 8. §. 3. [6.] §. 9. I. de inutil. stip. (3. 20.) L. 1. C. eod. (8. 39.) L. 41. de condict. indeb. (12. 6.) L. 21. pr. ad L. Falcid. (35. 2.) L. 59. de O. et A. (44. 7.) vergl. mit We-

ist [7.]. Hat der Mündel Sachen weggegeben, so kann sie der Vormund durch die gewöhnlichen dinglichen Klagen zurückfordern [8.]. Ist endlich b.) der Mündel mündig, so ist weiter zu unterscheiden A.) er hat einen Curator. In diesem Fall ist er in Rücksicht des, dem Curator untergebenen Vermögens eben so beschränkt, wie der Pupill, im Uebrigen kann er sich ohne den Curator, verpflichten [9.]. Steht er dagegen B.) unter keinem Curator, so kann er sich in der Regel immer verpflichten, und blofs die Veräufserung unbeweglicher Güter ohne obrigkeitliche Zustimmung ist ihm versagt [10.]. In allen Fällen aber, da der Mündel durch den Vormund, oder eigne Geschäfte verpflichtet ist, kann er, wenn er verletzt seyn sollte, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erhalten [11.].

§. 499.

Heutiges Recht.

Nach deutschem Recht hat sich hierin manches geändert. Denn 1.) fällt die Unterscheidung zwischen Minderjährigen, welche unter Curatoren stehen, oder nicht, gänzlich weg, und auch der Minderjährige, welcher factisch ohne Curator lebt, ist eben so zu behandeln, wie der, welcher mit einem Curator versehen ist [1.]. Hiernächst sind 2.) durch die Reichsgesetze die Curanden den Pupillen ganz gleich gesetzt, und der Curande macht sich also eben so wenig ohne Curator verbindlich, als der Pupill ohne Zustimmung des Tutors [2.].

ber a. a. O. [7.] L. 64. pr. ad SCt. Trebell. (36. 1.) L. 127. de V. O. (45. 1.) L. 25. de fideiussor. (46. 1.) L. 95. §. 2. de solut. (46. 3.) L. 1. §. 1. L. 9. de novat. (46. 4.). [8.] §. ult. I. quib. alien. lic. vel non (2. 8.). [9.] L. 20. de R. N. (23. 2.) L. 6. de V. O. (45. 1.) L. 3. C. de in int. rest. (2. 22.). Höpfner Comment. §. 737. not. 1. [10.] L. 3. C. cit. L. 16. C. de praed. et al. reb. min. (5. 71.). [11.] Das Weitere hierüber unten in der Lehre v. d. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

[1.] Weber a. a. O. §. 73. [2.] Pol. Ordn. v. 1577. Tit. 32. §. 3. Beyer de hod. tutor. et curat. differ. §. 13. Gaertner differ. iur. Rom. et Germ. inter impub. et minor. Lips. 1732. p. 42. A. M. sind mit vielen Stryk L. 26. T. 1. §. 8. Malblank princ. §. 686.

§. 500.

4.) Folgen der übrigen Arten der Curatel.

Was die übrigen oben (§. 477.) genannten Arten der Curatel betrifft: so unterscheide man 1.) der Rasende kann sich weder verpflichten [1.], noch Rechte erwerben [2.], und der Curator besorgt alles allein für denselben [3.]. In Augenblicken der wiederkehrenden Vernunft kann er aber ohne seinen Curator vollgültig handeln [4.]. 2.) Was der gerichtlich erklärte Verschwender vor der richterlichen Erklärung gethan hat, ist gültig [5.]; nachher ist er in Rücksicht der Art verbindlich zu werden, dem Rasenden völlig gleich [6.], bis ihm ein Decret die Güterverwaltung wieder gestattet [7.]. Daſs er aber der persönlichen Leitung des Curators wie ein Zögling unterworfen sey, läſst sich aus dem Zweck und Begriff dieser Curatel nicht ableiten. 3.) Der Umfang der Curatel schwacher, unvermögender Personen hängt von den Umständen ab. Nur dieſs kann hier als Princip angegeben werden, daſs solche Personen in Rücksicht des Unvermögens, welches die Bestellung des Curators veranlaſste, nicht vollgültig ohne denselben handeln können [8.]. 4.) Der Curator absentis erhält, wie es gleichfalls in der Natur der Sache liegt, bloſs eine Real-Curatel über die zurückgelassenen Güter des Abwesenden, und weder über das übrige Vermögen, noch über die Person desselben. Auch wird das Dispositions-Recht des Abwesenden dadurch nicht aufgehoben. Kehrt derselbe zurück, so ist ihm sofort vom Curator alles herauszugeben; stirbt er aber als Abwesender ohne Testament: so fällt das Vermögen denen zu, welche im Augenblick des Todes desselben dessen nächste Intestat-Erben waren [9.]. Die Praxis hat es

[1.] L. 2. C. de contr. emt. (4. 38.) L. 40. de R. I. (50. 17.). Von den Verpflichtungen ex re gilt wieder das in Betreff der Pupillen gesagte. [2.] L. 5. §. 2. ad L. Aquil. (9. 2.) L. 3. de acquir. vel amitt. poss. (41. 2.). [3.] §. 3. I. de curat. (1. 23.) L. 3. h. t. (27. 10.) [4.] L. 6. C. de curat. furios. (5. 70.) L. 9. C. qui test. fac. poss. (6. 22.) L. 2. C. de contr. emt. (4. 38.). [5.] Gail L. 2. Obs. 51. Cocceii L. 27. T. 10. qu. 2. [6.] Rechte kann er einseitig erwerben. L. 10. h. t. (27. 10.) L. 6. de V. O. (45. 1.). [7.] Carpzov P. 3. c. 6. Def. 10. [8.] Arg. L. 6. C. de curat. furios. (5. 70.) Voet L. 27. T. 10. §. 13. [9.] Koch succ. ab intest. Auct. 1. Müller ad Leyser Obs. 240. Köchy

eingeführt, daſs wenn 70 Jahre vom Augenblick der Geburt eines Verschollenen verflossen sind, der Tod desselben juristisch präsumirt wird [10.].

§. 501.

5.) Pflichten des honorarii.

Der tutor oder curator honorarius ist zunächst nur zu einer Oberaufsicht, und dazu verpflichtet, daſs er den administrirenden, nachlässigen Vormund der Obrigkeit denunciire [1.]. Mit der Administration darf er sich im Ganzen nicht befassen [2.]; doch ist ein, unter seiner Zustimmung vom Mündel geschlossenes Geschäft gültig [3.]; auch kann ihm, sofern es nicht vom Testator oder Richter verboten ist, eben so gültig, wie dem administrirenden Vormunde, Zahlung geleistet werden [4.].

§. 502.

6.) Ueber Protutoren.

Es kann der Fall eintreten, daſs Jemand, welcher nicht wirklich Vormund ist, aus Irrthum oder wissentlich, in bösem oder gutem Glauben die vormundschaftlichen Geschäfte versieht [1.]. Ein solcher heiſst falsus tutor, oder auch protutor [2.]. Es entspringen aus einer solchen Anmaſsung folgende Rechtsverhältnisse: 1.) in Rücksicht des Mündels ist der Protutor zu eben dem Fleiſs verpflichtet, wie der wahre Vormund, und haftet nicht bloſs, wo er positiv ge-

Medit. 1. B. N. 23. A. M. sind Schilter Ex. 15. §. 77. Pufendorf T. 4. Obs. 84. [10.] Müller Obs. 141. Emminghaus ad Cocceii L. 5. T. 3. qu. 21.

[1.] L. 46. §. 6. de admin. tut. (26. 7.). L. 1. §. 15. de tutel. et rat. distr. (27. 3.). Lauterbach Diss. de tutore honorario. Willenberg de honorario et notitiae caussa dat. tut. Gedan. 1721. (Exerc. P. 2. n. 11.). [2.] L. 3. §. 1. de admin. tut. (26. 7.). Walch contr. p. 102. [3.] L. 49. de acquir. vel om. her. (29. 2.). [4.] L. 14. §. 1. de solut. (46. 3.).

[1.] Grass delibat. ex mater. iur. protutor. Tub. 1703. [2.] Die gewöhnliche Unterscheidung zwischen einem protutor und falsus tutor, welche man bey Lauterbach, Böhmer, Hellfeld u. a. findet, ist ganz falsch. L. 1. §. 1. de eo qui pro tutore (27. 5.) L. 1. §. 1. quod falso tut. auct. (27.6.). Die richtige Ansicht der ganzen Sache hat Voet L. 27. T. 5. 6.

fehlt, sondern auch dann, wenn er etwas positives unterlassen hat, was er als zusammenhängend hätte mit besorgen sollen [3.]. Umgekehrt ist der Mündel verpflichtet, den Protutor, wie den wahren Vormund zu entschädigen [4.]; doch kann sofort auf Entfernung des in dieser Eigenschaft entdeckten Protutors gedrungen werden [5.]. 2.) In Rücksicht des Dritten, und der dem Mündel, und dessen Vermögen aufzulegenden Verbindlichkeiten wird der Protutor angesehen, als ob er gar nicht vorhanden wäre. Der Dritte kann ihm also die Einrede der Illegitimation entgegen setzen [6.], und wenn er Sachen des Mündels veräufsert, so ist die Handlung nichtig, Falls sie nicht der Richter bestätigt [7.]. Ein unter Auctorität des Protutors geschlossenes Geschäft ist mithin eben so zu behandeln, als ob der Pupill es allein geschlossen hätte (§. 498.), d. h. der Pupill erwirbt daraus Rechte, wird aber dadurch nicht verpflichtet. Indefs gibt der Prätor dem Dritten, sofern der Richter das Geschäft nicht bestätigt hat [8.], und der Dritte im Irrthum war [9.], gegen den Mündel, welcher bereichert ist, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand [10.]. Handelte der Protutor arglistig, so kann der betrogene Dritte denselben auch durch eine prätorische actio in factum auf Entschädigung belangen [11.], welche aber nach Römischen Begriffen (§. 293.) nicht gegen die Erben geht [12.].

§. 503.

7.) Ueber die Klagen. A.) Des Mündels, a.) gegen den Vormund.

Die Mündel und deren Nachfolger haben mancherley Rechtsmittel, um wegen der geführten Vormundschaft zu ihrer Befriedigung zu gelangen; aber auch den Vormündern sind Klagen zu ihrer Entschädigung gestattet. Zunächst mufs der Mündel die Vormünder

[3.] L. 1. §. 9. de eo qui pro tut. (27. 5.). [4.] L. 1. §. 8. L. 5. eod. [5.] L. 1. §. 3. eod. [6.] L. 2. C. eod. (5. 45.). [7.] L. 2. D. eod. L. 1. §. 5. quod falso tut. auct. (27. 6.). Die dem Protutor allein geschehene Zahlung ist daher auch nichtig. L. 34. §. 4. de solut. (46. 3.). Kind quaest. for. T. 1. c. 26. Abweichend zum Theil sind Carpzov L. 5. Resp. 67. n. 23. fgg. Mevius P. 5. Dec. 174. [8.] L. 1. §. 5. l. c. [9.] L. 1. §. 6. L. 2. 3. 4. 5. eod. [10.] L. 1. pr. §. 6. eod. [11.] L. 7. eod. [12.] L. 9. §. 1. eod.

selbst, und deren Stellvertreter in Anspruch nehmen, zu welchem Zweck demselben zwey Klagen, nämlich die actio tutelae directa, und die actio rationibus distrahendis eingeräumt sind.

§. 504.

A.) actio tutelae.

Der Zweck der actio tutelae directa geht dahin 1.) dafs der Tutor nach dem Rechnungs-Styl eine genaue, gehörig begründete, gegen alle Erinnerungen justificirte Rechnung ablege [1.], und sodann alles, was er als Ueberschufs in Händen hat, herausgebe. Von beyden Verpflichtungen ist der Tutor selbst dann nicht frey, wenn ihm der Vater des Pupillen, oder ein andrer dieselben sollte erlassen haben, wohl aber von der einen, der andern, oder beyden, wenn der gewesene Pupill auf eine gültige Art erklärt hat, dafs der Vormund keine Rechnung ablegen, oder überhaupt gar nicht weiter in Anspruch genommen werden solle [2.]. Sodann kann 2.) alles dadurch gefordert werden, wozu der Tutor nach dem Obigen wegen vernachlässigter Verwaltung gehalten ist [3.]. Hat er arglistig oder culpa lata gehandelt, so kann der Kläger gegen ihn durch das iuramentum in litem die Sache ausmachen, nicht aber gegen die Erben, Falls nicht die Sache vor dem Tode des Vormunds anhängig gemacht war, oder die Erben aus eignen Handlungen belangt werden [4.].

§. 505.

Wann ist die Klage anzustellen?

Die Klage kann nicht eher als nach gänzlich geendigter Tutel angestellt werden [1.], und selbst dann nicht eher, wenn der Vormund arglistig gehandelt hat; doch schadet diefs dem Pupillen in Rücksicht des Uebergangs der Klage wider die Erben nicht [2.]. Hat der Pupill Ansprü-

[1.] L. 1. §. 3. de tutel. et rat. distr. (27. 3.) L. 82. de cond. et dem. (35. 1.) Mevius P. 2. Dec. 123. P. 8. Dec. 18. 21. [2.] L. 9. L. 20. §. 1. L. 28. §. 4. L. 31. §. 2. de liberat. legat. (34. 3.) vergl. mit Crell de tutore aneglostico, et quando tutelae rat. reposci nequeunt. Cuiac. Obs. L. 26. c. 30. Rücker Interpr. L. 2. cap. 8. [3.] S. d. ganzen Tit. de tutel. et rat. distr. (27. 3.). [4.] L. 1. L. 4. C. de in lit. iureiur. (5. 53.).

[1.] L. 4. L. 9. §. 4. 5. L. 16. h. t. (27. 3.). [2.] L. 9. §. ult.

che an den Vormund aus andern Gründen, als aus der Vormundschaft, so kann er diese natürlich unter dem Beystande eines besondern Curators auch während der Tutel verfolgen [3.]. Wegen verschiedener Punkte kann die Klage mehrmals nach einander angestellt werden [4.].

§. 506.

Bey wem? Das einzig competente Gericht, vor welchem die Klage angestellt werden muſs, ist hier das Gericht des Orts, wo die Verwaltung geführt ist [1.]. Dieſs verhindert jedoch nicht, daſs der Richter, welcher den Vormund bestellt hat, von Amtswegen jährlich auf Rechnungsablegung dringe [2.].

§. 507.

Von wem, und gegen wen? Der Kläger ist hier der gewesene Pupill, im Beystande seiner Tutoren, oder Curatoren [1.], und jeder allgemeine Nachfolger desselben [2.]. Der Beklagte ist der Tutor und dessen Nachfolger [3.], selbst dann, wenn er einem Dritten durch ein Mandat die Administration sollte übertragen haben, in welchem Fall jedoch der Dritte auch als Geschäftsführer belangt werden kann [4.]. Auch gegen den Vater, unter dessen Gewalt der Tutor sich befand, findet die Klage Statt, und zwar unbedingt, wenn er stillschweigend oder ausdrücklich die Gefahr übernahm; sonst aber nur insofern, als die Gründe, aus welchen der Vater als solcher belangt werden kann (§. 333-349.), eintreten [5.]. Sind mehrere Vormünder da, so treten

L. 10. eod. [3.] Nov. 72. c. 2. Voet L. 27. T. 3. §. 2. [4.] L. 38. pr. pro socio (17. 2.) L. 2. C. de iudic. (3. 1.).

[1.] L. 1. 2. C. ubi de ratiocin. (3. 21.). A. M. sind zum Theil Voet l. c. §. 13. Struben 3. B. 96. Bed. Gönner Handb. d. Proc. 1. B. n. 15. Allein s. Weber Beytr. zu d. Lehre v. d. Kl. u. Einr. 2. 3. St. S. 35. fgg. [2.] Mehr kann man Leyser Sp. 73. m. 9. nach der Pol. O. v. 1577. Tit. 32. §. 3. nicht zugeben.

[1.] L. 7. §. 1. L. 8. L. 9. pr. §. 4. h. t. (27. 3.). I. A. Taddel quibusnam reddendae sint rationes tutelares pupillo adhuc minore. Goett. 1789. [2.] L. 1. §. 17. L. 18. eod. [3.] L. 1. §. 16. L. 9. §. 6. eod. Tit. C. de hered. tutor. (5. 54.). [4.] L. 9. C. arbitr. tutel. (5. 51.) L. 2. C. si mat. indemn. promis. (5. 46.) L. 24. C. de usur. (4. 32.). [5.] L. 7. de tutel.

folgende Bestimmungen ein: A.) der Tutor honorarius kann blofs dann, wenn er durch grobe Nachlässigkeit versäumt hat, den administrirenden verdächtig zu machen, ausgeklagt werden, und auch diefs nur insofern, als der Pupill sonst von Niemand seine Befriedigung zu erhalten vermag [6.]. B.) Hat der Testator oder Richter die Tutel getheilt, so ist der eine Tutor in Rüchsicht der Geschäfte des andern auch als blofser honorarius zu behandeln [7.]. C.) Sind alle zur Tutel gerufen, so haften sie a.) wegen schuldvoll vernachlässigter Verwaltung in solidum, jedoch unter Vorbehalt der oben (§. 207.) erwähnten Einrede der Theilung [8.]. Ist dagegen b.) bey der Administration positiv gefehlt, so unterscheide man: *A.*) dem administrirenden Tutor ward durch einen Vertrag der übrigen die Verwaltung zugetheilt: dann können die übrigen verlangen, dafs der administrirende, wenn diefs mit Erfolg und leicht geschehen kann, zuvörderst ausgeklagt werde [9.]; verwalteten aber *B.*) alle zugleich, so haben sie nur die Einrede der Theilung, unter den gewöhnlichen Beschränkungen, und auch diese ist dem nicht zu gestatten, welcher wegen seiner eignen Arglist belangt ward [10.]. Ist übrigens ein Vormund, welcher nicht aus ausschliefslich eignen Handlungen belangt ist, zur Zahlung bereit oder verurtheilt, so kann er vom Pupillen die Cession der Klagen verlangen, oder auch ohne diese actione utili den Regrefs gegen seine Mitvormünder nehmen [11.].

§. 508.

B.) Actio rationibus distrahendis.

Ist einmal Rechnung abgelegt, so kann keine neue Rechnungsablage verlangt [1.], wohl aber ein Rechnungsfehler gerügt [2.], oder über einen nicht berührten Punkt Ver-

(26. 1.) L. 21. de admin. tut. (26. 7.) L. 1. C. quod cum eo qui in al. potest. (4. 26.). [6.] L. 1. §. 15. h. t. (27. 3.) L. 46. §. 6. de admin. tut. (26. 7.). Cocceii I. C. L. 27. T. 7. qu. 3. Müller ad Leyser Obs. 612. Meine Theor. d. log. Ausl. §. 25. [7.] L. 3. §. 2. l. c. L. 6. C. arbitr. tut. (5. 51.) L. 2. 3. C. de divid. tutel. (5. 52.). [8.] L. 38. §. 1. L. 39. §. 11. de admin. tut. (26. 7.). [9.] L. ult. C. de divid. tut. (5. 52.). Boehmer ius D. L. 27. T. 3. §. 13. Die Einrede der Theilung deckt übrigens den Vormund auf immer, wenn nur der andre damals solvent war. L. 1. C. de divid. tutel. (5. 52.). [10.] L. 1. §. 11. 14. 15. h. t. (27. 3.). [11.] L. 1. §. 13. 14. 18. 20. eod.

[1.] L. 2. C. de apoch. publ. (10. 22.). [2.] L. un. C. de er-

antwortung gefordert werden [3.]. Ist aber arglistig falsche Rechnung abgelegt, so kann der Pupill durch die actio rationibus distrahendis, oder de rationibus distrahendis [4.] eine neue Prüfung der Rechnungen, und das Doppelte dessen, was untergeschlagen ist, verlangen [5.]. Als vermischte Klage (§. 296.) ging sie bey den Römern nicht wider die Erben [6.]. Jetzt fällt diefs weg (§. 292.); dafür kann sie aber auch nur auf das Einfache angestellt werden [7.]. Andre Klagen schliefsen diese nicht aus, und umgekehrt, sofern nicht die frühere die spätere absorbirt hat [8.].

§. 509.

Ausdehnung dieser Klagen.

Durch die Klagen, welche der Pupill gegen den Tutor hat, kann auch utiliter der curator und protutor belangt werden [1.]; jedoch mit dem Unterschiede, dafs der letzte zu jeder Zeit [2.], der Curator aber wegen einzelner Punkte schon vor Endigung der Curatel belangt werden kann [3.].

§. 510.

b.) Klagen gegen andre Personen.

Ist von den Vormündern und deren Erben nichts zu erhalten, so können 1.) deren Bürgen durch die actio ex stipulatu auf Entschädigung belangt werden, selbst wenn die Verbürgung stillschweigend geschehen ist [1.]. Der Bürge kann sich aber der, dem Vormunde selbst zustehenden

ror. calc. (2. 5.). [3.] L. 2. C. de iudic. (3. 1.). [4.] L. 1. §. 19. h. t. (27. 3.) L. 2. de contrar. tut. act. (27. 4.) vergl. mit L. 1. §. 21. L. 2. h. t. Cuiac Obs. L. 8. c. 24. Bynkershoek Obs. L. 6. c. 8. Voorda elect. c. 16. Rygerbos Obs. c. 4. §. Püttmann probab. L. 2. c. 13. Heineccius ad Brisson voc. distrahere. [5.] L. 1. §. 20. L. 2. §. 2. h. t. (27. 3.). [6.] L. 1. §. 21. 23. eod. [7.] Zufolge §. 291. A. M. ist Glück Comm. 3. B. §. 274. 275. not. 82. [8.] L. 1. §. 21. 22. eod.

[1.] L. 16. §. 1. de tutel. et rat. (27. 3.) L. 1. pr. L. penult. de eo qui pro tutore (27. 5.). Q. G. Schacher de utili curationis caussa actione. Lips. 1735. [2.] L. 1. §. 3. eod. [3.] L. 26. de admin. et per. tut. (26. 7.) L. 1. §. 3. de contrar. tut. act. (27. 4.) L. 16. §. 1. h. t. (27. 3.) vergl. mit L. 14. C. de admin. tut. (5. 37.). Cuiac. Obs. L. 17. c. 7. A. M. ist Voet L. 27. T. 3. §. 20. C. G. Einert utile tutelae iudic. durante adhuc cura instituti non posse. Lips. 1774.

[1.] L. 3. §. 5. 6. L. 4. §. 3. de fideiussor. tut. (27. 7.) L. 2. C.

Einreden bedienen [2.]. Sind von Einem Vormunde mehrere Bürgen bestellt, so haben sie nicht die Einrede der Theilung [3.], wohl aber können sie verlangen, daſs der Vormund selbst zuvörderst ausgeklagt werde [4.]. Als eine Art der Bürgen, aber nach den wahren Bürgen, haften dann weiter 2.) die nominatores, d. h. die, welche, um sich der, ihnen angetragenen Vormundschaft zu entziehen, oder als requirirte Richter, einen untüchtigen Mann in Vorschlag brachten [5.]; in gleicher Ordnung ferner 3.) die affirmatores, welche den, die Tüchtigkeit des Vormundes untersuchenden Magistrat auf geschehene Befragung falsch berichtet [6.], und eben so 4.) die postulatores, welche dem Mündel einen Vormund erbeten, und dabey etwas versehen haben [7.]. Hierauf kommt 5.) die Reihe an die, welche von dem, dem Mündel stillschweigend verpfändeten Vermögen des Vormunds etwas besitzen [8.], und sodann 6.) an den Magistrat, welcher nach allen vorgenannten Personen durch eine actio tutelae utilis subsidiarisch belangt werden kann [9.]. Bey den Römern war die Klage nur gegen niedere Magistrate [10.], und gegen diese auch nur insofern zulässig, als sie nicht beweisen konnten, daſs sie dem Mündel gehörig hätten Sicherheit stellen lassen [11.]. Jetzt haftet aber jeder Magistrat wegen jedes Versehens, wodurch seine Pflicht der Oberaufsicht verletzt ist [12.]. Der Erbe des Magistrats ist aber nur wegen grober Versehen desselben verantwortlich [13.]. Hat ein Collegium gefehlt, so haftet das einzelne unschuldige Mitglied nicht [14.]. Mehrere Schuldige sind pro rata, die arglistig handelnden aber in solidum verant-

eod. (5. 57.). [2.] L. 6. §. 7. eod. [3.] L. ult. rem pupill. salv. for. (46. 6.). [4.] Nov. 4. c. 1. wodurch L. 1. C. h. t. (5. 57.) aufgehoben ist. Lauterbach de benef. excuss. §. 13. fgg. [5.] L. un. C. de potior. ad muner. nominand. (10. 65.). L. 1. L. 4. de magistr. conv. (27. 8.) L. 2. C. qui pet. tut. (5. 31.). Leyser Sp. 342. m. 1. fgg. vergl. mit Wernher lect. comm. L. 27. T. 7. Müller Obs. 611. [6.] L. 4. §. 3. de fideiuss. et nom. (27. 7.). [7.] L. 2. §. 5. qui pet. tut. (26. 6.). Voet L. 27. T. 7. §. 3. Stryk eod. §. 5. [8.] Die Ausführung dieses Satzes unten im Pfandrecht. [9.] L. 1. L. 4. C. de magistr. conv. (5. 75.). Gebauer de act. tutel. advers. Magistr. (op. T. 1.). Merill Obs. L. 8. c. 24. [10.] L. 1. §. 1. D. eod. (27. 8.). [11.] L. 1. §. 11. 13. eod. [12.] Pol. Ordn. v. 1577. Tit. 32. Leyser Sp. 343. m. 1. [13.] L. 4. D. eod. [14.] L. 1.

wortlich [15.]. Sollte aber ein Mitglied das andre haben allein handeln lassen, so hat jenes die Einrede der Vorausklage [16.]. Hat ein unschuldiger Vormund bezahlen müssen, so kann er den schuldigen Magistrat gleichfalls actione in factum belangen [17.]. Nach allen sind endlich 7.) die tutores honorarii, sofern ihnen überhaupt etwas zur Last gelegt werden kann, in Anspruch zu nehmen [18.].

§. 511.

B.) Klagen des Vormunds gegen den Mündel.

Nach Endigung der Tutel kann aber auch auf der andern Seite der Pupill und dessen Nachfolger von dem Tutor und dessen Erben durch die persönliche Civil-Klage unter dem Namen actio tutelae contraria belangt werden, und zwar auf Entschädigung nach den oben (§. 495.) angegebenen Grundsätzen [1.], zu welchem Zweck der Tutor sich auch der Compensation und Retention bedienen kann [2.]. Utiliter können auch der Curator und Protutor diese Klage anstellen [3.], und zwar diese zu jeder Zeit [4.].

Dritte Abtheilung.

Ueber die Beendigung der Vormundschaft.

§. 512.

Einleitung.

Die Vormundschaft kann erlöschen entweder ipso iure, sobald ein gewisser Thatumstand existirt, oder erst nach vorgängigem Decret des Richters. In beyden Fällen hören dann natürlich im Ganzen die vormundschaftlichen Verhältnisse auf; doch ist der Vormund vor abgelegter Rechnung verpflichtet, alle angefangenen Geschäfte fortzusetzen [1.], und eben dazu sind

pr. eod. [15.] L. 7. eod. [16.] L. 1. §. 9. eod. [17.] L. 2. 3. eod. Gebauer l. c. §. 7. [18.] S. oben §. 507. not. 6.

[1.] Tit. P. de contrar. tut. et util. act. (27. 4.). [2.] L. 1. §. 4. eod. Mevius P. 3. Dec. 170. J. Wunderlich de iure retent. quat. tutori competat. Jen. 1758. [3.] L. 1. §. 2. eod. L. ult. de eo qui pro tutor. (27. 5.). [4.] L. 1. §. 3. h. t. (27. 4.) L. 16. §. 1. de tutel. et rat. distr. (27. 3.).

[1.] L. 1. §. 6. L. 37. §. 1. de admin. tut. (26. 7.).

die, zur Administration fähigen Erben desselben gehalten [2.].

§. 513.

1.) Endigung ipso iure.

Ipso iure erlischt die Vormundschaft 1.) durch den natürlichen und bürgerlichen Tod des Mündels und Vormundes [1.]. 2.) Durch Arrogation des Mündels [2.]. Die gesetzliche Tutel erlosch ehemals auch durch capitis deminutio minima des Vormunds [3.]; diefs läfst sich aber jetzt nur noch auf den, welcher als blofs bürgerlicher Verwandter gerufen war, anwenden [4.]. 3.) Wenn der Tag, bis auf welchen, oder die Bedingung, unter welcher der Vormund bestellt ist, existirt [5.]. 4.) Wenn die Mutter und Grofsmutter, welche die Vormundschaft verwalteten, zur zweyten Ehe schreiten [6.]. 5.) Die Tutel erlischt insbesondere durch Mündigkeit, die Curatel Minderjähriger durch Volljährigkeit des Mündels [7.]. Das erste geschicht aber jetzt, da die Vormünder bis zur Volljährigkeit des Mündels zu bestellen sind [8.], nicht mehr von selbst, sondern erst nach vorgängiger Excusation [9.]. 6.) Die Curatel verstandsloser und unvermögender Personen erlischt in dem Augenblick, da sie Verstand und Fähigkeiten wieder erhalten [10.]; und endlich 7.) die Curatel des Abwesenden durch Rückkehr desselben.

§. 514.

2.) Durch ein Decret.

Durch ein richterliches Decret erlischt 1.) die Curatel der Verschwender, wenn ihnen die Güterverwaltung wieder gestattet wird [1.]. 2.) Wenn der Vormund sich in den Fällen, wo diefs erlaubt ist (§. 480.), von der übernommenen Vormundschaft excusirt. 3.) Wenn ihn der Magistrat wegen einer nothwendigen Excusation (§. 469.), oder schlechter Verwal-

[2.] L. 1. pr. de fideiuss. et nom. (27. 7.). Voet L. 26. T. 7. §. 15.

[1.] Tit. I. quib. mod. tut. fin. (1. 22.). [2.] §. 4. I. eod. [3.] L. 5. §. ult. de legit. tut. (26. 4.). [4.] Nov. 118. c. 5. vergl. mit §. 465. [5.] §. 2. 5. I. l. c. [6.] Nov. 94. c. 2. [7.] pr. I. l. c. pr. I. de curat. (1. 23.). [8.] Pol. Ordn. v. 1577. Tit. 32. [9.] S. oben §. 481. nr. P. [10.] L. 6. C. de curat. furiosi (5. 70.). Voet L. 27. T. 10. §. 4. 13.

[1.] Voet L. 27. T. 10. §. 7.

tung entfernt. Gesetzlichen Vormündern ist in solchen Fällen nur die Verwaltung zu nehmen, und ein Curator beyzuordnen [2.]. Geschieht die gänzliche Entfernung des Vormunds wegen schlechter Verwaltung, so wird sie Entsetzung eines verdächtigen Vormundes (remotio suspecti) genannt [3.].

§. 515.

Insbesondere über Absetzung.

Folgendes ist in Ansehung der Entsetzung noch besonders zu bemerken: A.) sie kann wegen jeder, selbst einer geringen Nachlässigkeit, (welche nach §. 232. die geringste mit begreift) erkannt werden [1.], nur mufs freylich der Magistrat hoffen können, einen andern zu finden, von dem sich mit Sicherheit mehr erwarten läfst. B.) Das Anbieten zur Caution schützt den durch Unfleifs verdächtig gewordenen nicht [2.]. C.) Mitvormünder sind zur Anklage verpflichtet [3.]. Allen andern, selbst sonst dazu unfähigen, ist sie erlaubt [4.], sogar dem Curanden in Beystande seiner Verwandten, nicht aber dem Pupillen [5.]. Tritt Niemand als Ankläger auf, so mufs der competente Magistrat, d. h. jetzt jede bürgerliche Obrigkeit, welche den Vormund bestellt hat, von Amtswegen verfahren [6.]. D.) Sind nur einige Anzeigen des Verdachts vorhanden, so ist der Vormund während des Verfahrens, welches aber durch Endigung der Vormundschaft von selbst erlischt [7.], einstweilen zu suspendiren, und die Verwaltung einem andern zu übertragen [8.]. Erfolgt endlich E.) die völlige Absetzung, so wird, wenn die Ursache derselben im Decret angegeben ist [9.], der wegen einer Arglist oder culpa lata Entsetzte infam [10.], nicht aber der, welcher wegen

[2.] §. 5. I. de curat. (1. 23.). [3.] L. 2. §. 41. ad SCt. Tert. (38. 17.) L. ult. C. h. t. (5. 43.) vergl. mit §. 6. I. h. t. (1. 26.).

[1.] §. 6. I. h. t. (1. 26.) L. 3. §. ult. L. 4. §. ult. L. 7. §. 1. eod. (26. 10.) L. ult. C. h. t. (5. 43.). A. M. ist Struben 1. B. 85. Bed. [2.] L. 5. §. 6. D. eod. [3.] L. 5. eod. L. 3. §. 2. de admin. et per. tut. (26. 7.) L. 1. §. 15. de tut. et rat. distr. (27. 3.). [4.] §. 3. I. h. t. (1. 26.) L. 3. h. t. (26. 10.). [5.] §. 4. I. L. 7. pr. D. l. c. [6.] L. 3. §. 4. eod. Pol. Ordn. v. 1577. Tit. 32. §. 3. Bey den Römern war nicht jeder Richter competent. §. 1. I. l. c. [7.] §. 8. I. L. 11. D. l. c. L. 1. C. h. t. (5. 43.). [8.] §. 7. I. L. 7. C. l. c. [9.] L. 4. §. 1. 2. D. l. c. [10.] L. 7. §. 1. eod. L. 42. de V. S. (50. 16.)

geringer Versehen, oder einer überhaupt in seiner Natur liegenden Stumpfheit entfernt ward [11.]. Wegen grober Vergehen finden auch noch außerordentliche Strafen Statt [12.].

§. 516.

und venia aetatis.

Die Curatel der Minderjährigen erlischt noch insbesondere durch die Volljährigkeitserklärung (venia aetatis), welche aber nur der Regent ertheilen kann. Nach den Gesetzen soll das Rescript des Regenten nur dann diese Wirkung haben, wenn der Minderjährige, je nachdem er männlichen oder weiblichen Geschlechts ist, 20 oder 18 Jahre vollendet hat, und vor der Obrigkeit seinen guten Lebenswandel darthut [1.]. Die Wirkung besteht darin, daſs der Minderjährige nun wie ein Volljähriger unumstöſslich verpflichtet wird [2.]. Bloſs seine Immobilien darf er nicht ohne Decret veräussern [3.]; auch muſs er volljährig seyn, wo dieſs namentlich zur Bedingung gemacht ist [4.].

L. ult. ubi pup. educar. (27. 2.). Bachov ad Treutler V. 2. D. 9. §. 4. Vinnius ad §. 6. I. l. c. I. Vollenhove de suspect. tut. et curat. cap. 8. §. 2. fgg. Viele sind in Betreff der culpa lata andrer Meynung mit Noodt probab. L. 1. c. 19. Grimmeisen de tutore ob culpam latam remoto haud infami. Marb. 1753. [11.] §. 6. I. l. c. L. 3. §. 18. h. t. (26. 10.) L. 9. C. eod. (5. 43.). [12.] §. 10. I. L. 3. §. 15. D. l. c.

[1.] L. 2. C. de his qui ven. aet. (2. 45.). Lauterbach coll. L. 27. T. 10. §. 48. [2.] L. 1. C. eod. [3.] L. 3. C. eod. Weiter ist er nicht beschränkt. Die gemeine Regel: wo der Curator nicht ohne Decret handeln dürfe, sey auch er an ein Decret gebunden, ist also falsch. Vergl. auch noch über L. 3. cit. Köchy civilist. Erört. 1. S. n. 8. [4.] L. 4. C. eod.

Vierter Theil.

Ueber den Procefs.

Einleitung.

§. 517.

Procefs. Justiz-Sachen.

Wer im Staat Rechte hat, kann diese gegen jeden geltend machen, welcher ihm dieselben streitig macht, und der Gewalt eines Regenten unterworfen ist, nicht allein in eigentlichen privatrechtlichen Verhältnissen, sondern auch im Verhältnifs zu dem Regenten und dessen Stellvertretern, sofern diese den Willen einer höheren Gewalt erkennen müssen. Geschieht die Verfolgung und Bestreitung eines Rechts vor dem Regenten oder dessen Stellvertretern, so wird diefs Verfahren Procefs genannt, und der Gegenstand desselben eine Justiz-Sache. Alles, was sonst der gesetzgebenden und vollstreckenden Gewalt des Regenten angehört heifst Regierungssache [1.].

§. 518.

Gerichtsbarkeit.

Richter im eigentlichen Sinn ist nur der, welcher durch die Staatsgewalt auctorisirt ist, die Rechtsverhältnisse streitender Theile durch ein Erkenntnifs nach den Gesetzen zu bestimmen. Der Ausdruck Gerichtsbarkeit bezeichnet diese richterliche Gewalt [1.]. In derselben liegt also an sich weder das Recht ein Urtheil zu vollstrecken, noch auch die Befugnifs, andre Regierungshandlungen zu vollzie-

[1.] Gönner Handbuch des Proc. 2. B. n. 26.

[1.] S. überh. S. Gentilis de iurisd. Frkf. 1601. G. Maranus de iurisd. (Op. T. 2.) L. Charondas de iurisd. et imp. (Otto Thes. T. 1.) G. Barclaii Comm. ad L. imp. de iurisd. (Meermann Thes. T. 7.) A. Vinnii Tr. de iurisd. Ultr. 1697. G. Noodt de eod. arg. (in op. T. 1.) G. C. Gebauer de iurisd. Lips. 1736. (Exerc. T. 1.) T. Paurmeister de iurisd. Imp. Rom. Hannov. 1608. F. E. Pufendorf de iurisd. german. Lemg. 1740. Lobethan Entw. d. Lehre v. d. Gerbkt. Hal. 1775. I. F. Malblank

hen. Allein die richterliche Gewalt ist nach den Gesetzen nicht auf diesen engen Umfang beschränkt. Schon die Römer nahmen an, daſs das Vollstreckungsrecht der Gerichtsbarkeit nothwendig folge [2.]. Manche Magistrate, wie die praesides, hatten die ganze Justiz- und Regierungsgewalt. Selbst den, im Allgemeinen nur mit einer Gerichtsbarkeit versehenen Obrigkeiten wurden theils vermöge ihres Amts, theils durch besondere Concessionen mancherley Regierungshandlungen übertragen [3.], und alle diese Gewaltzweige unter dem Namen iurisdictio zusammengefaſst [4.], wiewohl dieser Ausdruck schlechthin gesetzt nur die, einem richterlichen Amte vermöge der **ursprünglichen Natur** desselben beykommenden Rechte, welche durch keine besondere Concession übertragen zu werden brauchten, zu bezeichnen pflegte [5.].

§. 519.

Arten des imperii.

Die Römer haben aber, wo sie bestimmter sprechen, wenigstens im Begriff, allerdings die iurisdictio von andern Gewaltzweigen unterschieden, und zwar in der Gewalt eines, für Justiz- und Regierungssachen bestellten Magistrats folgende Theile: 1.) das **merum imperium**, oder das Recht, in Regierungssachen Befehle und Anordnungen zu erlassen, ohne über streitige Rechte zu entscheiden, wohin sie denn auch unter andern die Criminal-Gewalt zählten, entweder weil sie die Ausübung derselben nicht als Bestimmung **streitiger** Verhältnisse, oder weil sie die Bestrafung selbst als das Wesentliche ansahen [1.]. 2.) Die **iurisdictio** d. h. das Recht, strei-

consp. rei iudiciar. Rom. Germ. Norimb. et Alt. 1797. [2.] L. 5. §. 1. de offic. eius cui mand. (1. 21.) L. 2. de iurisdict. (2. 1.). [3.] L. 4. de adopt. (1. 7.) L. 1. de offic. iurid. (1. 20.) L. 6. §. 3. de tutel. (26. 1.). [4.] L. 2. L. 3. L. 7. §. 2. de offic. procons. et legat. (1. 16.). [5.] L. 1. §. 1. de offic. eius cui mand. (1. 21.) L. 3. de iurisd. (2. 1.) L. 4. de adopt. (1. 7.) L. 21. de manum. vindict. (40. 2.) Tit. I. de Atil. tutor. (1. 20.).

[1.] L. 1. §. 1. de offic. eius cui mand. (1. 21.) L. 5. de iurisd. (2. 1.) Ueber die abweichenden Ideen andrer s. **Vinnius** de iurisd. c. 7. **Menken** Orat. merum imper. iurisd. crim. non esse. (in opusc.) I. L. **Albrecht** de mero imperio.

tige Verhältnisse durch ein Urtheil zu bestimmen. Die Ernennung eines iudex, und die Untersuchung der Thatumstände (notio) gehörten zu den Theilen derselben [2.]. 3.) Das mixtum imperium d. h. die Befugniſs, solche Handlungen des imperii vorzunehmen, denen ein Act der iurisdictio beygemischt ist, wodurch also streitige Verhältnisse bestimmt werden, wie z. B. Einweisungen in den Besitz, und die Vollstreckung eines Urtheils [3.]. Endlich 4.) die legis actio, oder das Recht, ohne Befehl und Rechtsspruch gewisse nicht streitige Geschäfte in der gesetzlichen Form zu vollführen und zu bestätigen [4.].

§. 520.

Deutsche Begriffe über hohe und niedere Gerichtsbarkeit.

In Deutschland ist von jeher das Richteramt mit andern Nebenbeschäftigungen vermischt gewesen. Nach Einführung des Römischen Rechts folgte man den Grundsätzen desselben auch hier unbedingt, und erweiterte diese dahin, daſs man dem Richter als solchem auch alle Nebentheile der Gerichtsbarkeit, und Regierungsgewalt einräumte, welche dem, nur mit einer Gerichtsbarkeit versehenen Magistrat bey den Römern durch besondere Concessionen übertragen werden muſsten; welches noch jetzt die Praxis allgemein annimmt [1.]. Die peinliche Gerichtsbarkeit (Blutbann) ist aber auch bey uns stets im Zweifel nicht unter dem Ausdruck Gerichtsbarkeit begriffen worden; doch hat man sie später unter dem Namen der obern Gerichtsbarkeit den übrigen Theilen der Gerichtsbarkeit, welche man in diesem Gegensatz die niedere oder Civil-Gerichtsbarkeit nannte, entgegengestellt; dagegen aber die Bestrafung geringerer Verbrechen der letzten überlassen, ohne daſs jedoch durch eine Bestimmung

Lips. 1751. Noodt de iurisd. L. 1. c. 2. Gebauer de iurisd. c. 1. §. 4. 5. 8. besonders Bach unparth. Crit. 3. B. S. 175 — 181. 6. B. S. 513. 514. Voet L. 2. T. 1. §. 43. 44.
[2.] L. 3. 4. de iurisd. (2. 1.) L. 5. de indic. (5. 1.) L. 99. pr. de V. S. (50. 16.). [3.] L. 5. §. 1. de offic. eius cui mand. (1. 21.) L. 3. 4. de iurisd. (2. 1.) L. 26. ad municip. (50. 1.). [4.] L. 4. de adopt. (1. 7.) L. 3. de offic. proc. (1. 16.) Nov. 81. praef.

[1.] Stryk U. M. L. 2. T. 1. §. 8. Claproth von freywill.

des gemeinen Rechts eine scharfe Grenze zwischen beyden gezogen ist [2.].

§. 521.

Streitiger, willkührlicher Procefs.

Die Gerichtsbarkeit in jenem allgemeinen Sinn ist ein Gemisch der Regierungs- und Justiz-Gewalt. Man hat jedoch in den neueren Zeiten [1.] die Begriffe dadurch wieder gesondert, dafs man die eigentliche Gerichtsbarkeit unter dem Namen der streitigen (iurisdictio contentiosa) den übrigen Regierungsrechten des Richters unter der Benennung der willkührlichen oder nichtstreitigen Gerichtsbarkeit (iurisd. voluntaria, non contentiosa) entgegensetzte [2.]. Das Verfahren in streitigen Sachen nennt man den streitigen Procefs, oder Procefs schlechthin; das Verfahren in den andern Fällen den nichtstreitigen Procefs. Beyde sind in ihren wesentlichen Principien so sehr verschieden, dafs sie sich unter einem allgemeinen Theil nicht wohl zusammenfassen lassen [3.].

Ger. Handl. §. 13. [2.] Vergl. Pufendorf de iurisd. germ. P. 2. S. 2. c. 1. Malblank consp. §. 87 — 103. Feuerbach Lehrb. d. peinl. R. §. 160.

[1.] Denn L. 2. de offic. proc. (1. 16.) hat nur die Eintheilung veranlafst, begründet sie aber nicht. Gentilis de iurisd. L. 1. c. 19. Gebauer l. c. cap. 1. §. 6. [2.] Schroeter de divis. iurisd. in volunt. et content. Erlang. 1747. Böttger quae sint orig. et fundam. distinct. int. iurisd. volunt. et content. Hannov. 1799. [3.] Schriften I.) über den streitigen Procefs: Knorre Anl. z. gerichtl. Proc. Hal. 1754. 8. Schaumburg princ. prax. iurid. iudic. c. not. Reichardt Ien. 1794. 2. B. 8. Claproth Einl. in d. ord. bürg. Proc. Gott. 1786. 8. Dessen Einl. in die sämmtl. summar. Proc. 1793. 8. Oelzen Anl. z. gerichtl. Prax. 1782. 8. Danz Grunds. d. gem. ord. bürg. Proc. Stuttg. 1800. 8. Dessen Grunds. d. summar. Proc. Das. 1792. womit zu verbinden Gönner jurist. Abh. 2 Bde. Bamb. 1795. 1799. 8. Martin Lehrb. d. Teutsch. gem. Proc. Gött. 1800. 8. Grolmann Theor. d. gerichtl. Verf. in bürg. Rechtsstreitigkeiten. Giefs. u. Darmst. 1800. 8. Gönner Handb. d. gem. d. Procefs. 4. B. 8. Erlang 1800 — 1803. II.) Ueber den nichtstreitigen: Claproth v. freywill. Gerichtshandl. Gött. 1789. Fredersdorf Anw. für Justizbeamte. 3. B. 8. Lemgo 1772 — 1774. v. Trütschler Anw. z. Abf. rechtl. Aufl. Leipz. 1786. 2. B. 8.

§. 522.

Gewillkührter, gesetzlicher; ordentlicher, außerordentlicher Proceſs.

Der streitige Proceſs [1] muſs in einer gewissen Form geführt werden. Der Grund dieser Form kann liegen entweder in der Vorschrift der Gesetze (gesetzlicher Proceſs, legalis), oder in einer Uebereinkunft der streitenden Theile (verabredeter, gewillkührter Proceſs, conventionalis). Eine solche willkührliche Bestimmung ist in der Regel immer erlaubt, wenn nicht die Gesetze namentlich die Beobachtung einer gewissen Form den Partheyen zur unnachlaſslichen Pflicht machen [2.]. Die Proceſs-Form kann aber sowohl in jenem, als diesem Fall eine feyerliche seyn (processus solennis), wobey es den Partheyen freysteht, in gehöriger Muſse, und durch alle Mittel, ihre Gerechtsame wahrzunehmen; oder eine minder feyerliche (processus minus solennis, summarius), welche ein schleuniges Verfahren zur Pflicht macht. Der gesetzliche Proceſs, welcher in der Regel in allen Sachen Statt findet (der ordentliche Proceſs, pr. ordinarius) ist ein feyerlicher. Für manche Fälle haben aber die Gesetze Ausnahmsweise ein besonderes, abweichendes Verfahren angeordnet. Dieſs kann man den auſserordentlichen Proceſs (pr. extraordinarius) nennen, welcher dann wieder bald ein feyerlicher ist, wie in der Regel der peinliche [3.], bald ein summarischer. Der gewillkührte bedarf keiner besonderen Erörterung, wohl aber jede Art des gesetzlichen; doch müssen der Entwickelung des Details die, dem ordentlichen und auſserordentlichen Proceſs gemeinschaftlichen Grundsätze als allgemeiner Theil vorangehen.

[1.] Manche gewöhnliche, durch die Worte klare Eintheilungen z. B. in processus petitorius, possessorius u. s. w. übergehe ich hier. [2.] Boehmer I. E. P. L. 2. T. 6. §. 13. Gönner jur. Abh. 2. B. n. 8. [3.] Quistorp Grunds. des peinl. R. 2. B. §. 589.

Erster Abschnitt.

Ueber den streitigen Procefs.

Erste Abtheilung.

Allgemeine Grundsätze.

Erstes Capitel.

Ueber das Subject des Processes.

§. 523.

I.) Haupt-Personen. 1.) von Seiten der Partheyen. Streitgenossen.

Im Procefs treten theils Haupt-, theils Neben-Personen auf. Jenes sind die Partheyen auf der einen, und der Richter auf der andern Seite. Die Partheyen sind der Kläger welcher die Klage (§. 51.) erhebt, und der Beklagte, welcher sich durch Einreden und Einlassung (§. 54.) vertheidigt. In jedem Rechtsstreit müssen Richter, Kläger und Beklagter als drey individuelle verschiedene Personen vorkommen [1.], wenn nicht das Gesetz durch Gestattung der Unterscheidung verschiedener juristischer Personen (§. 194.) eine Ausnahme macht [2.]. Es können aber auch von Seiten der Partheyen mehrere Personen auftreten. Handeln sie dann wegen eines gemeinschaftlichen Zwecks, so werden sie Streitgenossen (litis consortes) genannt [3.]. Die mehreren Streitgenossen können hier aber nicht als moralische Person (§. 198 — 203.) betrachtet [4.], auch nicht zur Streitgenossenschaft gezwungen werden, den einzigen Fall ausgenommen, wenn eine Klage gegen mehrere wegen eines gemeinschaftlichen Interesse gerichtet wird [5.].

[1.] L. 4. de iudic. (5. 1.) L. un. C. ne quis in sua causs. iudic. (3. 5.). [2.] Vergl. z. B. Boehmer I. E. P. L. 2. T. 1. §. 5 — 11. [3.] Tit. C. de consort. eiusd. lit. (3. 40.) Ueberh. Martin und Walch Magaz. für den gem. D. Proc. 1. B. 1. Hft. n. 1. [4.] L. 1. C. si plur. una sent. (7. 55.) L. 2. C. si un. ex plur. app. (7. 68.). [5.] L. 1. C. de cons. eiusd. lit. (3. 40.) L. 55. de R. V. (6. 1.) Martin a. a. O. §. 4.

§. 524.

Rechte der Partheyen.

In der Regel haben beyde Theile im Process unter gleichen Umständen gleiche Rechte; doch hat der Beklagte im Zweifel den Vorzug [1.]. Wichtig ist daher auch die Regel, daſs der Beklagte insofern die Stelle des Klägers vertritt, als er wahre Einreden (§. 54.) vorschützt [2.]. Eben dieſs gilt denn vom replicirenden Kläger, vom duplicirenden Beklagten u. s. w. Ist der Fall von der Art, daſs jeder Theil Kläger und Beklagter seyn könnte (iudicium duplex), so wird der, welcher zuerst den Angriff macht, als Kläger behandelt; sonst aber entscheidet das Loos [3.].

§. 525.

Legitimation zur Sache.

Niemand ist befugt, das Recht eines Dritten zu verfolgen, oder als Beklagter das Recht eines Dritten zu vertheidigen, oder sich durch unter dritten Personen eingegangenen Rechtsverhältnisse zu schützen [1.], wenn ihn nicht die Gesetze selbst ohne weiteres zum Stellvertreter andrer gemacht haben, wie z. B. bey Popular-Klagen, und Sachen, welche den jüngsten Besitz betreffen [2.]. Jeder Theil kann also von dem andern einen Beweis darüber verlangen, daſs das verfolgte oder vertheidigte Recht ihn selbst angehe [3.]. Diesen Beweis nennt man Legitimation zur Sache, und theilt diese dann in die active und passive, je nachdem der Kläger, oder der Beklagte sich zu legitimiren hat [4.]. Selbst der Richter muſs

[1.] L. 41. L. 125. de R. I. (50. 17.) cap. 3. in fin. X. de probat. (2. 19.) cap. 4. X. de mut. pet. (11. 4.). [2.] L. 19. de probat. (22. 3.) Ueber die Vortheile der Rechtsverfolgung durch Einreden s. Weber Beytr. zu d. Lehre v. d. Kl. 1. Hft. n. 1. [3.] L. 13. 14. 29. de indic. (5. 1.) L. 8. §. 1. commun. divid. (10. 3.).

[1.] L. 4. §. 7. si serv. vind. (8. 5.) Wernher P. 2. Obs. 357. R. C. Henne de except. ad ius tert. pertinent. plane inutil. Erf. 1778. [2.] L. 1. C. si per vim. (8. 5.) L. 3. C. qui legit. person. stand. in iud. (3. 6.) L. 3. §. 9. 11. de lib. hom. exhib. (43. 29.). [3.] L. 2. pr. §. 1. si serv. vind. (8. 5.) L. 16. de except. (44. 1.). [4.] Claproth ord. Pr. §. 70. Danz ord. Pr. §. 124. vergl. mit Gönner jur. Abh. 1. B.

unaufgerufen darauf dringen [5.]. Haben Partheyen unbefugt über das Recht eines Dritten verhandelt, so bindet dieſs den letzten nicht [6.], verpflichtet aber die schuldige Parthey zur Entschädigung ihres Gegners. Die Römer behandelten den, ohne Grund sich auf den Rechtsstreit muthwillig einlassenden Beklagten als sey er der wahre Beklagte [7.], und gestatteten dem Kläger, nach Empfang des, zur Strafe zu erlegenden vollen Werths der Sache, den wirklichen Schuldner aufs neue in Anspruch zu nehmen [8.]. Nach jetzigen Grundsätzen (§. 291.) kann aber gegen den fingirten Besitzer nur eine bloſse Forderung auf Entschädigung wegen des vergeblichen Processes Statt finden [9.].

§. 526.

Fähigkeit im Gericht zu stehen.

Die streitenden Theile müssen ferner die Fähigkeit haben, ihre Sache gerichtlich zu verfolgen (personam standi in iudicio), sonst ist der Proceſs nichtig [1.]. I.) Gänzlich unfähig sind bey uns alle, denen die Besorgung gerichtlicher Geschäfte physisch unmöglich ist [2.], so wie gerichtlich erklärte Verschwender [3.]. II.) In gewissem Betracht unfähig sind 1.) Geächtete und Excommunicirte, sofern sie als Kläger auftreten [4.]. 2.) Der Haussohn gegen den Vater [5.], ausgenommen wenn er wegen seiner freyen Peculien klagt [6.], oder actiones extraordinarias gegen den Vater erhalten hat [7.]. 3.) Der Haussohn gegen den

n. 6. [5.] J. R. A. §. 121. 122. [6.] Tit. C. inter alios acta (7. 60.). [7.] L. 11. §. 9. de interrog. in iure (11. 1.) L. 23. de solut. (46. 3.) L. 11. de novat. (46. 2.). [8.] L. 7. L. 68. L. 69. de R. V. (6. 1.) A. M. ist wegen L. 46. eod. L. 8. de interrogat. in iure (11. 1.) Erxleben de eo quod iust. est circa fict. possess. Goett. 1778. Allein s. Westphal Syst. der Arten der Sachen §. 923. 937. 976. [9.] Voet L. 5. T. 2. §. 8.

[1.] L. 9. de re indic. (42. 1.) Ueberh. Dapp v. der Legit. z. Proc. §. 7 — 53. [2.] L. 4. pr. de in ius voc. (2. 4.) L. 48. de O. et A. (44. 7.) L. 124. de R. I. (50. 17.). [3.] L. 1. de curat. furios. (27. 10.) L. 1. C. eod. (5. 70.). [4.] cap. 4. X. de iudic. (2. 1.) Dapp §. 16. 17. Boehmer I. E. P. L. 1. T. 37. §. 8. [5.] L. 4. L. 11. de iudic. (5. 1.). [6.] L. 4. cit. L. 4. §. 1. de castr. pec. (49. 15.). [7.] L. 92 de cond. et demonstr. (35. 1.) L. 5. de agnosc. vel al. lib. (25. 3.) cap. 11. X. de sponsal. (4. 1.). Manche haben dieſs sehr

Dritten, von welchem er zwar belangt werden, gegen den er aber nicht ohne Zustimmung des Vaters klagen kann [8.]. Ausnahmen sind, wenn er wegen seiner freyen Peculien [9.], als Bevollmächtigter zu seinem Vortheil [10.], als vermutheter Anwald des Vaters [11.], als öffentliche Person, oder in Abwesenheit des Vaters klagt [12.]. 4.) Der Vater in Rücksicht des peculii adventitii regularis ohne Zustimmung des mündigen Sohns [13.]. 5.) Pupillen, welche über die Jahre der Kindheit sind, ohne Beystand ihres Tutors [14.], und Curanden ohne Beystand ihres Curators [15.], doch ist ein ihnen günstiges Urtheil nicht ungültig [16.]. Allein können sie auftreten A.) wenn sie um bonorum possessio bitten [17.]; B.) wenn vom jüngsten Besitz die Rede ist [18.]; C.) wenn sie gegen Confiscationen einkommen [19.]; D.) wenn sie wegen einer ihnen, oder ihren Verwandten zugefügten Injurie klagbar werden [20.]; E.) wenn sie mündig sind in Ehe- und geistlichen Sachen [21.]; F.) nach jetzigem Recht in peinlichen Fällen [22.]. Wer venia aetatis erhalten hat, kann stets allein auftreten [23].

§. 527.

2.) Von Seiten des Gerichts.

Richter ist jeder, welcher die Rechtsverhältnisse streitender Theile zu bestimmen befugt ist. Da der, welcher das Richteramt ausüben will, nur insofern dazu befugt ist, als er überhaupt eine Gerichtsbarkeit erhalten hat, als er zur Ausübung des Richteramts fähig ist, und die Grenzen sei-

ausgedehnt. Stryk U. M. L. 5. T. 1. §. 33. [8.] L. 3. §. 4. de minor. (4. 4.) L. 57. de indic. (5. 1.) L. 9. L. 39. de O. et A. (44 7.). [9.] L. 8. de procurat. (3. 3.). [10.] L. 8. cit. [11.] L. 35. eod. [12.] L. 18. §. 1. de iudic. (5. 1.) L. 17. de R. C. (12. 1.) Voet L. 12. T. 1. §. 10. [13.] L. ult. §. 3. C. de bon. quae lib. (6. 61.) auch oben §. 325. not. 7. [14.] L. 1. 2. C. qui legit. person. stand. (3. 6.) [15.] L. 4. C. de auct. praest. (5. 59.) [16.] L. 1. C. qui legit. person. stand. (3. 6.) L. 14. C. de procur. (2. 13.). [17.] L. 7. C. qui admitt. ad bon. poss. (6. 9.). [18.) L. ult. C. qui legit. pers. stand. (3. 6.). [19.] L. 16. de iure fisci (49. 14.). [20.] L. 8. L. 11. de accus. (48. 2.). [21.] cap. 14. X. de restit. spoliat. (2. 13.) cap. 3. de indic. in 6. (2. 1.) Carpzov P. 4. C. 23. Def. 14. [22.] L. 4. C. de auctor. praest. (5. 59.) vergl. mit Voet L. 5. T. 1. §. 12. [23.] L. 10. C. de appellat. (7. 62.) Voet l. c. §. 13.

ner Gerichtsbarkeit nicht überschreitet; so kommt es hier auf die Beantwortung der drey Fragen an: wie entsteht und erlischt die Gerichtsbarkeit? wer kann Richter seyn? und wie weit erstreckt sich die Competenz der Gerichte?

§. 528.

A.) Ursprung der Gerichtsbarkeit.

Durch einen ausdrücklichen, oder stillschweigenden Vertrag können die Unterthanen jedem Beamten oder Privat-Mann die Entscheidung ihrer Rechtshändel übertragen [1.]. Insofern hat denn jede Gesellschaftsgewalt, ohne Concession des Regenten, die Befugniſs, die Gesellschaftsstreitigkeiten ihrer Glieder in erster Instanz zu schlichten, wovon sich bey uns in den Zünften noch manche Spuren finden [2.]. Soll aber Jemand wider seinen Willen einen Richter anerkennen, so muſs ihn der Staat unmittelbar, oder mittelbar bestellt haben, welches denn, selbst bey der Gerichtsbarkeit der deutschen Gutsbesitzer, stets zu beweisen ist [3.]; doch kann der Besitz, zwar nicht gegen den Regenten, wohl aber gegen einen Dritten, von der Beweislast befreyen [4.]. Hat Jemand die Gerichtsbarkeit von dem Regenten selbst erhalten, so wird sie die eigne (propria), hat sie ihm ein Richter durch Auftrag überlassen, so wird sie die abgetretene (mandata) genannt. Beyde weichen besonders darin ab, daſs bey der letzten der Gewaltgeber und Bevollmächtigte als Eine Person angesehen werden [5.], nicht aber bey jener [6.].

§. 529.

Fortsetzung.

Eine eigne Gerichtsbarkeit kann Jemand erhalten, entweder überhaupt, oder nur in

[1.] Tit. P. de recept. (4. 8.) [2.] Vergl. Boehmer princ. iur. can. §. 238. Richter Dec. 3. Carpzov P. 2. C. 6. Def. 9. 10. Mevius P. 3. D. 38. Derselbe ad ius Lubec. L. 4. T. 13. n. 3. 27. [3.] Pufendorf de iurisd. germ. P. 3. S. 2. §. 225. Struben. Nebenst. P. 5. Obs. 34. Malblank consp. §. 73. A. M. sind viele. Runde D. Priv. R. §. 702. [4.] Die Ausführung dieses Satzes, welcher sehr streitig ist (Hommel rhaps. V. 1. Obs. 146. Malblank l. c. §. 133.), muſs wie oben §. 281. auch hier ausgesetzt werden. [5.] L. 1. §. 1. quis a quo appellat. (49. 3.) [6.] cap. 11. de offic. et potest. iudic. deleg. in 6. (1. 14.).

Rücksicht gewisser Sachen, oder Personen. In jenem Fall nennt man sie jetzt [1.] die ordentliche, in diesem die aufserordentliche. Die letzte kann Statt finden, wenn der Regent Jemand überhaupt in Rücksicht gewisser einzelner Personen oder Sachen, oder nur in Rücksicht einzelner besonderer Fälle die Gerichtsbarkeit verleihet. In jenem Fall nennt man ihn commissarius perpetuus, in diesem Vicarius principis, delegatus, commissarius temporarius, oder commissarius schlechthin [2.]. Die Ernennung eines Commissars im letzten Sinn ist, ohne Zustimmung beyder Theile, in Deutschland den Territorial-Regenten nur des Staatsbestens wegen, oder im Abgange ordentlicher Gerichte, erlaubt [3.].

§. 530.

Fortsetzung.

Ein ordentlicher Magistrat kann nach Römischem Recht, die mit seiner Würde verknüpfte Gerichtsbarkeit ganz einem andern übertragen [1.]; die heutige Praxis pflegt jedoch nur einen Auftrag für einzelne Geschäfte zu gestatten [2.], entweder an Gerichtsmitglieder (Deputationen), oder andre verpflichtete Personen, wovon man aber, nach Inhalt der P. G. O. in Betreff der Justitiarien der Gutsherrn auf allen Fall wieder eine Ausnahme machen muſs [3.]. Ein zeitiger Commissar kann nur mit Einwilligung beyder Theile seine Gerichtsbarkeit durch ein Mandat übertragen [4.], Falls ihm nicht die Vollführung der Commission unmöglich seyn sollte [5.]. Dagegen aber kann eine abgetretene Gerichtsbarkeit in der Regel nicht weiter abgetreten werden [6.].

[1.] Abweichend vom Römischen Sprachgebrauch L. 7. §. ult. de offic. proc. (1. 16.) Vinnius de iurisd. L. 1. c. 7. [2.] Tit. C. de offic. vicar. (1. 38.) Tit. X. de offic. et potest. iudic. delegat. (1. 29.) Glücks Comm. §. 197. [3.] J. R. A. §. 108. 109. Gönner Handb. 1. B. n. 1. wenigstens im Ganzen.

[1.] L. 1. de offic. eius cui mand. (1. 21.) L. 8. pr. de tutor. et curat. dat. (26. 5.). [2.] Malblank conspect. §. 80. [3.] C. C. C. Art. 2. [4.] cap. 6. de offic. et pot. iud. deleg. in 6. (1. 14.) vergl. mit Boehmer I. E. P. L. 1. T. 29. §. 15. Leyser Spec. 28. m. 1. [5.] Boehmer l. c. §. 14. [6.] L. 5. de offic. eius cui mand. (1. 21.).

§. 531.

B.) Ende derselben.

Die Gerichtsbarkeit erlischt 1.) durch Ablauf der Zeit, auf welche sie ertheilt ward. Ist sie Jemand bloſs für seine Person ertheilt, so nennt man sie personalis, oder administratoria, wohin man auch die Gerichtsbarkeit einer Gemeinheit zählen muſs [1.]; erstreckt sich hingegen die Dauer derselben weiter, z. B. auf die Erben, so nennt man sie realis [2.]. Eine Art der letzten ist die, mit einer Sache auf jeden Besitzer übergehende Patrimonial-Gerichtsbarkeit. 2.) Durch Entsetzung, wenn grober Miſsbrauch nachgewiesen werden kann [3.]. 3.) Die delegirte und abgetretene Gerichtsbarkeit erlischt insbesondere durch den Tod und Widerruf des Gewaltgebers, mit Ausnahme der bereits anhängig gewordenen Sachen [4.]. Da die Gerichtshalter der Patrimonial-Richter auch nur eine abgetretene Gerichtsbarkeit haben, so sollte man in Rücksicht ihrer dasselbe behaupten; allein selten ist man so consequent [5.]. Endlich 4.) durch gänzliche Unfähigkeit des Verwalters einer persönlichen Gerichtsbarkeit [6.].

§. 532.

C.) Fähigkeit zum Richteramt, und

Gewisse Personen sind nach der Natur der Sache und den Gesetzen zur persönlichen Verwaltung des Richteramts gänzlich unfähig, so, daſs alle Handlungen derselben schlechthin ungültig sind. Dahin gehören 1.) Verstandslose, Taube und Stumme [1.]. 2.) Blinde, aber nur wenn sie es bey Uebertragung des Amts schon waren [2.]. 3.) Infamirte Personen [3.]. 4.) Weiber [4.], und 5.) alle, welche

[1.] Zufolge §. 198—203. [2.] Malblank §. 67. 68. [3.] Die Ausführung im Criminal-Recht. S. Malblank §. 67. not. 6. [4.] L. 6. de iurisd. (2. 1.) cap. 6. 19. 30. 30. X. de offic. et potest. iud. deleg. (1. 29.) L. 3. C. de novat. (8 42.). Vinnius l. c. cap. ult. §. 4. [5.] Hommel Rhaps. V. 1. Obs. 61. Glücks Comm. §. 208. a. E. [6.] L. 2. C. de dignit. (12. 1.). Danz ord. Pr. §. 24. not. c.

[1.] L. 11. §. 2. de iudic. (5. 1.). [2.] L. 1. §. 5. de postul. (3. 1.). Cocceii L. 5. T. 1. qu. 6. A. M. ist Hofacker T. 3. §. 4180. [3.] L. 1. pr. ad L. Iul. de vi (48. 7.) L. 2. de offic. assessor. (1. 22.) L. 2. C. de dignit. (12. 1.). Cocceii l. c. qu. 8. [4.] L. 12. §. 2. de iudic. (5. 1.).

noch nicht das gehörige Alter haben. Nach Römischem Recht muſs jeder Magistrat über 18 Jahre alt seyn, doch nimmt das Kanonische auf die Jahre des, vom Regenten delegirten Richters keine Rücksicht [5.], woraus sich aber in Rücksicht der ordentlichen Gerichtsbarkeit keine gleiche Regel bilden läſst [6.]. Endlich 6.) jeder insofern, als er über seine eigne, oder eine, von ihm als Anwald vertheidigte Sache zu erkennen hat [7.]. Aus diesem Grunde sollte man denn auch die Gerichtsbarkeit eines Justitiars, als eine abgetretene, in Sachen des Gerichtsherrn für incompetent halten. Allein fast überall ist das Gegentheil angenommen [8.]. Ist ein Richter nicht unfähig, aber doch der Parthey verdächtig, so sind seine Handlungen nicht ungültig, aber die Parthey kann ihn nach heutigem Recht recusiren [9.]. Selbst ein Collegium kann recusirt werden, wenn es sich als solches verdächtig gemacht hat [10.]. Uebrigens können die Verdachtsgründe mannigfaltig seyn. Ein Fall dieser Art ist jetzt [11.], wenn der Richter in Sachen seiner Angehörigen erkennen will.

§. 533.

Competenz des Richters. AA.) Nach den Gesetzen. a) überhaupt.

Die Competenz des Richters kann begründet werden theils durch die Gesetze, theils durch Willkühr der Partheyen. In der ersten Hinsicht kommt alles darauf an, 1.) welche Art der Gerichtsbarkeit Jemand übertragen ist? welches denn durch sprachrichtige Erörterun-

[5.] L. 57. de re iudic. (42. 1.) cap. 41. X. de offic. et potest. iudic. delegat. (1. 29.) et I. H. Boehmer in not. ibid. [6.] Cocceji l. c. qu. 7. Stryk eod. q. 8. A. M. ist Hofacker l. c. §. 4181. [7.] L. 10. de iurisd. (2. 1.) L. 17. de iudic. (5. 1.) vergl. mit L. 1. §. 11. quando sit appelland. (49. 4.) L. 6. pr. C. de postul. (2. 6.). [8.] Hellfeld iur. for. §. 191. Malblank consp. §. 182. [9.] Cap. 10. X. de foro compet. (2. 2.) cap. 5. X. de except. (2. 25.); nicht aber nach Röm. R. L. 16. L. ult. C. de iudic. (3. 1.). Schulting de recusat. iudic. suspecti (op. T. 1.). Ueber die Verfahrungsart im Fall der Recusation s. unten §. 750. [10.] Gönner jur. Abh. 2. B. n. 3. [11.] Cap. 17. 25. X. de offic. et pot. ind. deleg. (1. 29.) cap. 36. X. de appellat. (2. 28.). Ueber die richtige Vereinigung der L. 10. de iurisd. (2. 1.) mit L. 77. de iudic. (5. 1.). S. Averan int. L. 1. c. 5. Falsche Vereinigungsversuche s. bey Cocceii L. 2. T. 1. qu. 8. Danz ord. Proc. §. 24. not. h.

gen auszumitteln ist [1.]; und 2.) wie dieses Gericht durch Concurrenz andrer Gerichte beschränkt ist? Diese Concurrenz ist doppelt. Es gibt nämlich bey uns theils coordinirte, theils subordinirte (Unter-, Mittel-, Ober-) Gerichte. In Rücksicht dieser Concurrenz sind hier folgende Hauptregeln zu bemerken: 1.) der Kläger muſs das Gericht angehen, welches für den Beklagten das competente ist [2.]. Sind aber 2.) mehrere Gerichte zugleich competent, so schlieſst das Gericht das andre aus, welches in der streitigen Sache selbst die erste Handlung vorgenommen hat. Dieſs nennt man Prävention [3.]. Der Kläger kann hier also wählen [4.]. 3.) Wo Gerichte einander subordinirt sind, muſs in der Regel die Sache zuerst vor dem untersten angebracht, und durch keinen Sprung die Subordination gestört werden [5.]. Endlich darf 4.) kein Gericht in den Wirkungskreis des andern eigenmächtig eingreifen. Bedarf es der Rechtshülfe eines andern, so muſs es diese durch Requisitions-Schreiben suchen [6.].

§. 534.

Eintheilung der Gerichtsstände.

Die im Staat angeordneten Gerichtsstände treten entweder in der Regel für jeden Bürger ein, oder gewisse Personen haben durch besondre Vergünstigung ein eignes Gericht. In jenem Fall nennt man den Gerichtsstand den gemeinen (forum commune), in diesem den befreyten (f. privilegiatum). Der gemeine Gerichtsstand ist wieder doppelt, und zwar entweder ein solcher, welcher in der Regel in allen Sachen, oder ein solcher, welcher nur in gewissen Sachen zulässig ist. In jenem Fall nennt man ihn den gemeinen allgemeinen (f. commune generale), in diesem den gemeinen besondern

[1.] Vergl. hier z. B. in Betreff der peinlichen, bürgerlichen, Pfahl-Gerichtsbarkeit u. s. w. Glück Comm. §. 189. 195. 201. Malblank consp. §. 75. fgg. [2.] L. 2. C. de iurisd. omn. iudic. (3. 13.) L. 3. C. ubi in rem act. (3. 19.). Hellfeld de actore forum rei haud semper sequente. Jen. 1765. I. G. Bauer pr. de regula iuris: actor sequitur for. rei. Lips. 1756. [3.] Danz ord. Proc. §. 39. [4.] L. 19. §. 4. de iudic. (5. 1.) cap. 17. X. de foro comp. (2. 2.). [5.] K. G. O. 2. Th. Tit. 1. §. 1. 2. Tit. 26. §. 1. Tit. 29. §. 1. [6.] L. ult. de iurisd. (2. 1.). T. C. Hartleben Erl. der Rechtsmaterie von Requisitionen. Wetzl. 1792.

(f. commune speciale). Der befreyte und gemeine besondere Gerichtsstand bringt die Sache zuweilen an ein ganz besondres, zuweilen an ein sonst incompetentes coordinirtes, zuweilen an ein höheres Gericht [1.].

§. 535.

A.) Gemeine allgemeine. *a.*) des Geburtsorts.

Der erste gemeine allgemeine Gerichtsstand ist der des Geburtsorts (forum originis). Nach Römischem Recht ist dieser doppelt, der generelle und specielle. Es konnte nämlich jeder Bürger 1.) zu Rom, und nachher auch zu Constantinopel [1.], als dem gemeinschaftlichen Vaterlande belangt werden, sofern er sich dort betreffen liefs [2.]. Manche Personen hatten jedoch das ius revocandi domum [3.]. Insbesondere konnten aber 2.) eheliche und angenommene Kinder an dem Ort, wo der Vater Bürger, und uneheliche an dem Ort, wo die Mutter Bürgerinn war, belangt werden [4.]. Dieser Gerichtsstand erlosch auch nicht dadurch, dafs Jemand einen neuen erhielt [5.], wohl aber durch Ehe [6.], und Emancipation des Adoptiv-Kindes [7.]. Jetzt ist diefs alles umgeworfen. Denn A.) läfst sich der generelle Gerichtsstand des Geburtsorts nicht mehr denken [8.]. B.) Der specielle ist nach der Praxis da, wo der eheliche Vater, und die uneheliche Mutter ihren allgemeinen Gerichtsstand haben [9.], und er erlischt, sobald das Kind einen neuen allgemeinen Gerichtsstand erhält [10.]. Gröfstentheils tritt er also nur noch in Ansehung der Vagabunden ein, welche nach der Praxis aber auch an dem Ort, wo sie sich betreten lassen, belangt werden können [11.]. Die Kinder derselben haben da, wo sie getauft, Findel-

[1.] In wiefern die durch Gönner iur. Abh. 2. B. n. 4. Dessen Handb. 3. B. n. 36. §. 31. streitig gewordene Frage: ob dem Recht der Instanzen dadurch Eintrag geschehen könne? zu bejahen, oder zu verneinen sey? darüber s. unten §. 735.

[1.] L. un. C. de privil. urb. Const. (11. 20.). [2.] L. 28. §. 4. ex quib. causs. maior. (4. 6.). [3.] L. 2. §. 3. 4. 5. L. 33. ad municip. (50. 1.). Voet L. 6. T. 1. §. 91. [4.] L. 6. §. 1. L. 9. L. 15. §. 3. L. 17. §. 9. eod. [5.] L. 29. eod. Glück Comment. §. 511. not. 85. 86. 87. [6.] L. ult. §. 3. eod. [7.] L. 16. eod. [8.] Stryk U. M. L. 5. T. 1. §. 19. [9.] Lauterbach coll. L. 5. T. 1. §. 42. 43. Schilter Ex. 13. §. 22. [10.] Malblank consp. §. 158. [11.] C. Thomasii D. de vagabundis. Hofacker princ. T. 3. §. 4222.

kinder da, wo sie gefunden sind, den Gerichtsstand des Geburtsorts [12.].

§. 536.

b.) des Wohnorts. Der zweyte gemeine allgemeine Gerichtsstand ist der des Wohnorts, d. h. des Orts, wo Jemand einen beständigen Wohnsitz aufgeschlagen hat [1.]. Weder Güterbesitz allein, noch die bloſse Absicht, an einem Ort zu wohnen, begründen diesen Gerichtsstand, sondern es muſs beydes, der Aufenthalt (mit, oder ohne Angesessenheit) und die Absicht sich zu fixiren zusammentreffen [2.]. Muſs Jemand sich an einem Ort nach rechtlicher Vorschrift aufhalten, welche Nothwendigkeit aber für Freye nicht aus einem Vertrage entsteht [3.], so ist eben dadurch seine Absicht rechtlich erwiesen [4.]; sonst aber muſs sie aus besondern Handlungen dargethan werden, wohin nicht bloſs eine ausdrückliche Erklärung gehört [5.], sondern auch jedes andre, die Absicht klar beweisende Factum, z. B. die stete Betreibung eines Gewerbes [6.], oder der stete Aufenthalt mit den mehrsten Gütern an einem Ort, ohne specielle, nur auf eine gewisse Zeit beschränkte Absichten [7.]. Die willkührliche Erwählung eines Wohnorts setzt aber, wegen ihrer verpflichtenden Folgen, überall voraus, daſs die Person in der Lage ist, sich verbinden zu können [8.]. Sobald der Wohnsitz aufgegeben ist, welches aber bewiesen werden muſs [9.], und gegen rechtliche Vorschrift, z. B. von Seiten der Frau, nicht geschehen kann [10.]: so hört eben dadurch der Gerichtsstand des Wohnortes auf [11.]. Begibt sich hingegen Jemand seines Wohnsitzes nicht, und erwählt er nur noch einen andern: so hat er zwey Gerichtsstän-

[12.] Malblank princ. iur. Rom. §. 349.

[1.] W. A. Lauterbach de domicilio. D. Meyer de foro domicil. Trai. ad Rh. 1711. L. Beels de foro domicilii. [2.] L. 17. §. 13. ad municip. (50. 1.) L. 4. C. de incolis (10. 39.). [3.] L. 71. §. 2. de cond. et demonstr. (35. 1.) L. 52. de manumiss. test. (40. 4.) [4.] L. 22. §. 3. L. 23. §. 1. ad municip. (50. 1.). Boehmer princ. iur. can. §. 553. 54. [5.] Struben 2. B. 52. Bed. [6.] L. 27. §. 1. ad municip. (50. 1.). [7.] L. 203. de V. S. (50. 16.) L. 2. C. ubi Senatores (3. 24.). [8.] Lauterbach l. c. §. 36. 37. [9.] I. F. Rivinus de non praesumta domicilii mutat. Lips. 1726. [10.] Quistorp Beytr. Nr. 21. [11.] L. 31. ad municipal. (50. 1.).

de des Wohnorts [12.], unter denen der Kläger wählen kann [13.]. Tod, und Heyrath eines Frauenzimmers heben diesen Gerichtsstand von selbst auf [14.].

§. 537.

B). Gemeine besondere. α.) der Verbrecher.

Besondere Gerichtsstände sind 1.) im Fall eines begangenen Verbrechens der Ort der begangenen That (forum delicti commissi), und der Ort, wo der Verbrecher betroffen wird (forum deprehensionis), zu welchem letzten das Ergreifen nicht gehört [1.]. Die Praxis läſst damit auch den Gerichtsstand des Wohnorts concurriren [2.]. Unter diesen drey Gerichtsständen entscheidet dann allein die Prävention den Vorrang [3.]. Sollte ein Verbrechen bloſs angefangen seyn, so ist das Gericht des Orts, wo dieſs geschah, sollte es aber an dem einem Ort angefangen, und an dem andern vollendet seyn, so ist an dem letzten Ort der Gerichtsstand des begangenen Verbrechens [4.]. Ward es in zwey Gerichtsbarkeiten vollendet, so haben beyde, unter Vorbehalt der Prävention, gleiche Rechte, und verfahren zusammen [5.]. Auch wegen der, aus dem Verbrechen entspringenden Entschädigungsforderungen ist dieser Gerichtsstand competent [6.]; doch erlaubt sich die Praxis hier mancherley Beschränkungen [7.].

[12.] L. 6. §. 2. eod. [13.] Vermöge §. 533. Ohne Grund ist A. M. Voet L. 5. T. 1. §. 92. [14.] L. 22. §. 1. L. 38. §. 3. ad municip. (50. 1.). Lauterbach l. c. §. 67.

[1.] Vergl. überh. L. 7. L. 11. §. 1. de custod. et exhib. reor. (48. 3.) L. 3. §. 13. de offic. praes. (1. 18.) Nov. 69. c. 1. Nov. 134. c. 5. Münzordn. v. 1559. §. 162. Pol. O. v. 1577. Tit. 23. §. 2. C. G. Winkler de foro delinquent. Idem de offic. iudic. deprehens. (in op. minor. T. 1.). C. F. Gutiahr de exhibit. delinquent. Lips. 1795. Feuerbach Lehrb. d. peinl. R. §. 543. [2.] Malblank consp. §. 160. 161. [3.] Feuerbach §. 546. [4.] L. 7. §. ult. de accus. (48. 2.) L. 28. §. 15. de poen. (48. 19.) L. 1. C. ubi de crimin. agi oport. (3. 15.). Glück Comm. §. 517. [5.] Stübel de foro delicti in confinio civitat. commissi. Vit. 1793. [6.] L. 4. §. 4. fin. regund. (10. 1.) L. 5. C. de ord. iudic. (3. 8.) C. C. C. Art. 198. 207. [7.] Quistorp peinl. R. §. 576.

§. 538.

b.) des geschlossenen Vertrags

2.) Wegen der, aus einem Vertrage, oder einem sogenannten Quasicontracte [1.] entspringenden Verbindlichkeiten, kann, wenn man dieselben durch eine eigne Hauptklage, und nicht nebenbey verfolgt [2.], an dem Ort geklagt werden, wo der Vertrag, oder Quasicontract vollendet ist [3.]. Man nennt diefs den Gerichtsstand des Contracts [4.]. Die Vernichtung des Geschäfts kann hier aber nicht gefordert werden, sofern das Recht, darauf zu klagen, nicht aus dem Geschäft selbst entspringt [5.]; auch muſs, nach Kanonischem Recht, der Schuldner sich unter diesem Gericht persönlich, oder mit Gütern betreffen lassen [6.]. Ist ein Ort zur Zahlung verabredet, so ist hier der Gerichtsstand des Contracts [7.]. Bey Streitigkeiten über die Ehe fällt aber dieser Gerichtsstand weg [8.], so wie, wenn Jemand mit einem Reisenden auf Credit handelt [9.].

§. 539.

c.) der geführten Verwaltung.

Zuweilen coincidirend, aber doch im Ganzen hievon verschieden, ist 3.) der Gerichtsstand der geführten Verwaltung (forum gestae administrationis). In Streitigkeiten nämlich über eine Geschäftsführung ist das Gericht competent, in dessen Bezirk die Geschäfte besorgt wurden [1.]. Da dieser Gerichtsstand von dem des Contracts

[1.] Tit. I. de oblig. quae quas. ex contr. (3. 28.). [2.] Voet L. 10. T. 2. §. 42. [3.] L. 19. §. 1. de iudic. (5. 1.) L. 27. de condict. indeb. (12. 6.). Voet L. 30. §. 58. Ueber den Fall eines schriftlichen Contracts, und da Abwesende contrahiren s. Franzke Comm. L. 5. T. 1. n. 36. 37. Voet eod. §. 73. Wernher lect. comm. eod. §. 26. [4.] H. A. Kneisen de foro contract. Goett. 1778. [5.] L. 19. §. 1. de iudic. (5. 1.). Kneisen l. c. §. 3. 4. Andre Ideen haben Voet L. 4. T. 1. §. 7. Cocceii eod. qu. 5. [6.] Nov. 59. c. 1. vergl. mit cap. 1. de foro comp. in 6. (2. 2.). Kneisen l. c. cap. 2. §. 13. Leyser Sp. 73. m. 1. A. M. ist Cocceii L. 5. T. 1. q. 20. L. C. F. Asverus de competentia fori contract. rite determinanda. Jen. 1801. [7.] L. 19. §. 2. de iudic. (5. 1.) L. 21. de O. et A. (44. 7.). [8.] L. 65. de iudic. (5. 1.). [9.] L. 19. §. 2. eod. Nov. 69. c. 1. Struben 2. B. 27. Bed.

[1.] L. 19. §. 1. L. 36. §. 1. L. 45. pr. de iudic. (5. 1.) L. 54.

verschieden ist, so kann die Vorschrift, dafs der Beklagte sich unter dem Gericht des Contracts müsse betreffen lassen, hieher nicht gezogen werden [2.].

§. 540.

d.) der gelegenen Sache.

4.) Das Gericht, in dessen Bezirk eine bewegliche oder unbewegliche Sache belegen ist, ist das Zuständige in Ansehung aller diese Sache betreffenden dinglichen und possessorischen Klagen, und derer, welche man actiones in rem scriptas (§. 51.) nennt [1.]. Dieser Gerichtsstand der gelegenen Sache (forum rei sitae) ist aber da nicht competent, wo durch eine dingliche Klage eine universitas iuris (§. 240.) verfolgt wird [2.]; doch ist dann eine Ausnahme zu machen, wenn der gröfsere Theil der Sachen, welche Gegenstand derselben sind, sich an einem Orte vereint befindet [3.].

§. 541.

e.) geistlicher Sachen.

Nach Kanonischem Recht sind 5.) alle geistlichen Sachen (caussae ecclesiasticae) der geistlichen Gerichtsbarkeit unterworfen [1.], d. h. alle Sachen, welche die Religion betreffen, oder sonst irgend durch Gesetze des geistlichen Oberhaupts bestimmt sind, sie mögen nun direct die Religion und den Gottesdienst betreffen (caussae ecclesiasticae mere tales, intrinsice spirituales), oder nicht (caussa mixtae, per accidens spirituales), wie Ehesachen [2.].

§. 1. de procur. (3. 3.) L. 1. 2. C. ubi de ratiocin. (3. 21.). [2.] Gönner Handb. 1. B. n. 15. §. 1. 2. A. M. ist Pütter Rechtsf. 3. B. 3. T. S. 770.

[1.] L. 38. de iudic. (5. 1.) L. 3. C. ubi in rem act. (3. 17.) L. un. C. ubi de possess. (3. 16.) L. 66. ad SCt. Trebell. (36. 1.). I. C. Balser de foro rei sit. ap. Germanos. Giess. 1748. A. A. Hombergk zu Vach de eod. arg. Marb. 1748. [2.] L. 29. §. ult. de inoffic. test. (5. 2.) L. un. C. ubi de hered. (3. 20.). Huber L. 5. T. 1. §. 49. [3.] L. 50. de iudic. (5. 1.). Müller ad Leyser Obs. 324. Stein v. pflichtw. Test. §. 35.

[1.] Viele machen hieraus ein forum speciale privilegiatum. Wie man diefs vom foro speciali communi unterscheiden mag? [2.] Ueberh. I. H. Boehmer I. E. P. L. 1. T. 31. §. 30. fgg. L. 2. T. 2. §. 23. fgg. Malblank conspect.

Die Protestanten sind im Ganzen dabey stehen geblieben [3.].

§. 542.

f.) des Zusammenhangs der Sachen.

Zu den besondern Gerichtsständen gehört ferner 6.) der des Zusammenhangs der Sachen (forum continentiae caussarum). Dieser ist wieder doppelt, und zwar A.) der Gerichtsstand der Einheit der Sachen (forum identitatis s. continentiae s. str.). Wenn nämlich Jemand aus Einem Grunde mehrere, verschiedenen Gerichtsbarkeiten unterworfene Sachen, oder Personen klagend in Anspruch nehmen kann, so darf er, zwar nicht nach Römischem Recht [1.], aber wohl nach den Reichsgesetzen [2.], bey dem gemeinschaftlichen nächsten Oberrichter der mehreren Sachen oder Personen seine Klage ungetheilt anbringen, also unter den gehörigen Umständen auch bey den Reichsgerichten [3.], sofern nur an dieselben appellirt werden kann. Denn in nicht-appellabeln Fällen sind sie kein Obergericht, und die Klage ist zu theilen [4.]. Hieran schliefst sich B.) der Gerichtsstand der Konnexität der Sache (forum connexitatis caussarum). Fast alles beruht hier auf der Praxis. Die Gesetze verordnen blofs, dafs eine ganze Sache in demselben Verfahren geendigt [5.], dafs der Beytritt zu einem Streit da, wo dieser anhängig ist, geschehen [6.], und der, für die Hauptsache competente Richter alle, sonst vor ihn nicht gehörenden Präjudicial-Punkte entscheiden soll [7.]. Weiter gehen sie nicht [8.]. Die Praxis aber nimmt das vage, von ihr selbst noch nicht scharf bestimmte [9.] Princip an, dafs der Richter alle, mit einer Sache in Verbindung stehenden Neben-

§. 119 — 127. [3.] Boehmer princ. iur. can. §. 244.

[1.] L. 1. 2. de quib. reb. (11. 2.) L. 5. C. arbitr. tutel. (5. 51.) L. 8. §. 1. de liberal. causs. (40. 12.) beweisen nichts. I. A. Bach de caussis coniunctis earumque foro comp. (op. n. 7.) §. 5—13. [2.] R. A. v. 1570. §. 77. R. A. v. 1600. §. 23. 24. [3.] Vergl. hier Danz ord. Pr. §. 33. [4.] Bach l. c. §. 20. [5.] L. 10. C. de iudic. (3. 1.). [6.] L. 49. pr. de iudic. (5. 1.). [7.] L. 3. C. de iudic. (3. 1.) L. 1. C. de ord. iudic. (3. 8.) cap. 3. X. de donat. int. V. et U. (4. 20.). [8.] Bach l. c. Dabelow v. Conc. 2. Aufl. S. 724—30. [9.] Vergl. hier Claproth ord. Pr. §. 101. Hofacker T. 3. §. 4233. Besonders H. Michaelis Respons. n. X. qu. 4.

punkte entscheiden könne. Die Frage: ob in allen jenen Fällen auch dann, wenn diese Art der Sachen überhaupt seiner Gerichtsbarkeit entzogen ist? sollte man verneinen [10.]; aber selten geschieht es [11.].

§. 543.

g.) des Arrests, und der Provocation.

Eigentlich eine Unterart dieses letzten Gerichtsstandes ist 7.) der des angelegten Arrestes (forum arresti). Wenn nämlich ein Richter einen Arrest (§. 698.) angelegt hat, so kann er nach dem Herkommen vieler Orte über die Hauptforderung, wegen deren der Arrest ausgewirkt ist, auch dann erkennen, wenn er in Rücksicht derselben an sich nicht zuständig seyn sollte [1.]. Wo dem incompetenten Richter diefs nicht gestattet wird, begründet der Arrest in Ansehung der Hauptforderung keinen besondern Gerichtssand, sondern er kann dann nur den competenten befestigen [2.]; jedoch läfst sich immer insofern ein besonderes forum arresti annehmen, als es ausgemacht im Fall der Noth erlaubt ist, bey dem incompetenten Richter einen Arrest auszuwirken, die Hauptforderung mag nun bey demselben verfolgt werden können, oder nicht [3.]. Vielleicht durch dieselben Ideen von der Connexität der Sachen entstand auch der unten (§. 699. 700.) zu erwähnende Gerichtsstand der Provocation.

§. 544.

h.) der Widerklage.

Auf eben diesen Gründen beruhet zum Theil 8.) der durch Anstellung einer Klage begründete Gerichtsstand des Widerbeklagten. Die Praxis hat nämlich, grofsentheils von den Gesetzen verlassen [1.],

[10.] L. 54. de iudic. (5. 1.) cap. 3. X. de ord. cognit. (2. 10.) cap. 5. X. qui filii sint legit. (4. 17.). Bach l. c. §. 16. [11.] Claproth a. a. O. §. 100. Boehmer I. E. P. L. 2. T. 2. §. 27. T. 10. §. 4.

[1.] Struv Ex. L. 5. T. 1. §. 41. Brunqnell de processu arresti §. 51. (op. T. 1. n. 7.). Danz ord. Pr. §. 32. [2.] Diefs gegen Hellfeld iur. for. §. 520. [3.] Danz summar. Proc. §. 55.

[1.] Denn L. 11. §. 1. de iurisd. omn. iudic. (2. 1.) L. 1. §. ult. de var. et extraord. cogn. (50. 13.) sprechen von sehr singulairen Fällen. Eben so Nov. 96. c. 2. Dagegen spricht L. 14. C. de sent. et interloc. (7. 45.), wie das eodem negotio zeigt,

angenommen, dafs der Beklagte vor demselben Gerichte, wo er belangt sey, den Kläger wieder belangen könne, gesetzt auch, der Richter sollte in Rücksicht des Klägers incompetent seyn [2.]; nur muſs die Widerklage angebracht werden, bevor über die Klage entschieden ist [3.]. In der Regel werden dann Klage und Widerklage in demselben Schriftwechsel (simultaneo processu) verhandelt; doch wird Ausnahmsweise über die Widerklage erst nach geendigtem Verfahren über die Vorklage entschieden, wenn die letzte für die erste präjudiciell, wenn jene erst nach dem Termine, worin die Einlassung geschah, angebracht ist, oder wenn beyde eine besondre Procefs-Art erfordern [4.]. Am Cammergericht erfordert man zur Begründung dieses Gerichtsstandes Connexität beyder Sachen, sonst aber nicht [5.]. Da derselbe, wegen der Pflicht des Klägers, den Beklagten zu folgen [6.], nicht als ein willkührlich erwählter (progirter), sondern als ein gesetzlich begründeter, nothwendiger Gerichtsstand angesehen werden mufs [7.]: so schützt denn auch den Kläger so wenig der, ihm zustehende privilegirte Gerichtsstand [8.], als seine persönliche Unterwürfigkeit unter den Regenten eines andern Landes [9.]. Die Streitfrage: ob der Richter nicht wenigstens für die Art der Sachen, welche den Gegenstand der Widerklage ausmachen, competent seyn müsse? sollte man, um hier nicht die Willkühr zum offenbaren Schaden der Justiz auszudehnen, billig verneinen [10.].

§. 545.

i.) wegen Mängel des Unterrichters.

Endlich wird 9.) wegen entscheidender, von Seiten des Unterrichters sich zeigender Mängel, die Sache ausnahmsweise in den folgenden Fällen an den nächsten Oberrichter

nicht von zwey Klagen, sondern von der exc. compensat., welche ausnahmsweise eine condemnatio des Klägers begründen soll. L. 5. C. de fruct. et lit. expens. (7. 51.) ist nicht glossirt. Vor allen s. I. a. Costa ad Decretal. L. 2. Tit. 4. [2.] R. Teller de reconvent. veter. et hodierna. Lips. 1759. [3.] Boehmer I. E. P. L. 2. T. 4. §. 3. [4.] Clem. 2. de V. S. (5. 11.) Danz ord. Pr. §. 469. [5.] Danz §. 468. not. e. [6.] Müller ad Leyser Obs. 279. [7.] Bach de prorogat. (op. n. 11.) §. 3. Voet L. 5. T. 1. §. 78. [8.] Danz a. a. O. not. d. [9.] Stryk U. M. L. 5. T. 1. §. 24. A. M. ist Schnaubert Beytr. 2. St. S. 150. fgg. [10.] S. die Cit. bey Danz a. a. O. not. c. Voet l. c. §. 85.

gezogen, nämlich A.) wenn der Unterrichter hartnäckig die Rechtspflege verweigert [1.]; B.) wenn er als verdächtig recusirt [2.], und endlich C.) wenn unter mehreren Niedergerichten die Gerichtsbarkeit streitig ist [3.]. In Deutschland gibt es übrigens aufser den bisher genannten noch häufig mancherley andre besondre Gerichtsstände z. B. für Lehns-, Handels-, Forst- Deich- und Wechselsachen, worüber aber die particulairen Gesetze studiert werden müssen.

§. 546.

C.) Befreyte Gerichtsstände a.) der Geistlichen.

Einen befreyten Gerichtsstand haben 1.) die Geistlichen, und zwar bey den Katholiken die clerici maiores, bey den Protestanten fast alle [1.], und zwar dahin, dafs alle gegen sie gerichteten persönlichen Klagen bey den geistlichen Gerichten anzubringen sind [2.], sofern diese Klagen in der Hauptsache wider sie erhoben werden [3.]. In dinglichen Sachen, bey actionibus in rem scriptis [4.], und wenn von Verbrechen der, vorher zu degradirenden, Geistlichen die Rede ist, sind die weltlichen Gerichte nicht incompetent; doch pflegen die Protestanten Amtsvergehungen auszunehmen [5.].

§. 547.

b.) der Studierenden und Soldaten.

Der 2.) den Studierenden durch das gemeine Recht gegebene Gerichtsstand [1.], ist nach der jetzigen academischen Verfassung fast durchaus umgeschaffen, und kann nur noch bey denen zur Anwendung kommen, welche aus-

[1.] cap. 13. X. de iudic. (2. 1.) cap. 8. 10. 11. X. de foro comp. (2. 2.) I. H. Boehmer de querel. denegat. et protr. iust. (Ex. T. 6.). [2.] cap. 4. X. de offic. et pot. iud. deleg. (1. 29.). Das weitere s. unten §. 750. [3.] Voet L. 5. T. 1. §. 140 - 143.

[1.] I. H. Boehmer I. E P. L. 2. T. 2. §. 46 — 48. [2.] Boehmer l. c. §. 60. 61. (3.) cap. 5. 8. X. de for. comp. (2. 2.) Boehmer l. c. §. 51 — 57. [4.] Boehmer l. c. §. 50. [5.] Boehmer l. c. §. 63 — 67.

[1.] Auth. Habita C. ne filius pro patre (4. 13.) Niemanns Blätter für Pol. und Cultur. Jahrg. 1799. 2. St. n. 1.

wärts Gymnasien besuchen [2.]. Eben so wenig practisch sind 3.) die Vorschriften des Römischen Rechts über den Gerichtsstand der Soldaten [3.], da unsre militairische Verfassung überall in dieser Hinsicht auf besondere Statuten beruht.

§. 548.

c.) mitleideswürdige Personen.

Nach der Praxis haben 4.) mitleidswürdige Personen (personae miserabiles) das besondere Vorrecht, daſs sie, wenn sie vor einem Untergericht belangt sind, die Sache sofort vor das höchste, wenigstens vor das höchste Territorial-Gericht [1.], also auch vor ein Mittelgericht [2.], bringen, und umgekehrt wenn sie vor dem Regenten belangt werden, die Verhandlung an die untern Gerichte zurückziehen können [3.]. In den Gesetzen ist dieser Gerichtsstand nicht gegründet [4.]. Nimmt man aber auch das Gegentheil an, so kann man doch auf allen Fall jenes Vorrecht nur Siechen, Gebrechlichen, Pupillen und Wittwen einräumen [5.], auch nicht einmal mitleidswürdigen Personen gegen einander [6.]. Die mancherley andern in Deutschland üblichen befreyten Gerichtsstände der Adlichen, der characterisirten, und in Staatsämtern angestellten Personen, sind ein Gegenstand der Wissenschaft des particulairen Rechts.

§. 549.

b.) Verhältniſs der Gerichtsstände zu einander.

Das Verhältniſs der bisher genannten Gerichtsstände zu einander beruhet auf folgenden Regeln: A) wer ein besonderes gemeines Forum hat, kann hier, oder, nach Willkühr des Klägers, im gemeinen allgemeinen Foro be-

[2.] Leyser Sp. 77. m. 1. 2. [3.] S. Glücks Comm. §. 525.

[1.] Glück Comm. §. 522. [2.] Wernher lect. comm. L. 5. T. 1. §. 33. [3.] C. Thomasius de singulari aequit. L. un. C. quando imper. inter pup. Hal. 1725. [4.] Man beruft sich auf L. un. C. quando imperat. inter. pupill. (3. 14.). Allein s. Weber Beytr. zu d. L. v. d. Klagen u. Einr. 2. u. 3. St. nr. 12. vergl. mit Gönner Handb. d. Proc. 1. B. n. 1. [5.] Müller ad Leyser Obs. 117. A. M. sind Danz ord. Pr. §. 37. Malblank consp. §. 169. [6.] Meine Versuche 2. B. S. 295. 296.

langt werden [1.]. Ausnahmsweise mufs im besondern Foro geklagt werden a.) wenn für besondere Sachen eigne Gerichte niedergesetzt sind [2.], also wegen geistlicher Sachen im geistlichen Gerichte. Wegen einiger geistlichen Sachen, wohin besonders die res per accidens spirituales (§. 541.) im Possessorio gehören, kann jedoch auch in weltlichen Gerichten geklagt werden. Diese nennt man caussas mixtas [3.]. Ausschliefsend competent ist gleichfalls b.) der Gerichtsstand einer geführten Verwaltung [4.], und eben so c.) der, der gelegenen Sachen [5.]. Auch rechnet man dahin d.) den Gerichtsstand der Connexität [6.], und der Identität der Sachen [7.], wenigstens wenn der Beklagte es verlangt. B.) Der besondere befreyte Gerichtsstand ist (so weit er nicht, wie der der Geistlichen, durch Gesetze wieder beschränkt ist), ein blofses Surrogat des gemeinen allgemeinen, und schliefst daher die besondern gemeinen Gerichtsstände nicht aus [8.]. Nur Geistliche können, wenn sie in einem gemeinen besonderen Gerichtshofe belangt werden, die Verhandlung vor ihrem geistlichen Gericht verlangen, welches jedoch wegfällt, wenn, nach dem obigen, der besondere Gerichtsstand als ein ausschliefslicher angeordnet ist [9.]. Die Einschränkungen,

[1.] L. 19. §. 4. de iudic. (5. 1.) cap. 17. X. de foro comp. (2.2.). [2.] cap. 5. 8. 13. X. de iudic. (2. 1.) [3.] Gail L. 1. Obs. 38. Boehmer I. E. P. L. 2. T. 2. §. 33. fgg. [4.] A. M. sind Boehmer l. c. §. 62. Gönner Handb. d. Proc. 1. B. n. 15. §. 5. fgg. Allein s. L. 19. §. 1. L. 36. §. 1. L. 49. pr. de iudic. (5. 1.) L. 54. §. 1. de procur. (3. 3.) Wernher lect. comm. L. 5. T. 1. §. 54. Weber Beytr. z. d. Lehre v. d. Kl. 2. u. 3. St. S. 35 — 58. [5.] L. 38. de iudic. (5. 1.) L. 3. C. ubi in rem act. (3. 19.) L. un. C. ubi de possess. (3. 16.) L. un. C. ubi de heredit. (3. 20.) Donellus comm. L. 17. c. 17. Weber a. a. O. S. 15 — 34. A. M. ist in Betreff der Mobilien Voet L. 5. T. 1. §. 77., oder wenigstens in Betreff der den jüngsten Besitz betreffenden Klagen Vinnius quaest. sel. L. 1. c. 18. Pufendorf T. 3. Obs. 156. Alles Exclusive des fori rei sitae leugnet I. G. Bauer progr. act. real. perinde in foro domicil. ac rei sitae inst. poss. Idem pr. forum domicil. pro incompet. act. real. qui hab. refutantur (beyde in dessen opusc. T. 1. n. 41. 43.) [6.] arg. L. 10. C. de iudic. (3. 1.) Claproth ord. Proc. §. 101. [7.] Gail L. 1. Obs. 32. Wernher P. 1. Obs. 105. Claproth a. a. O. [8.] Danz ord. Proc. §. 34. [9.] cap. 5. 8. 13. X. de foro comp. (2. 2.) Boehmer I. E.

welche man in Betreff mitleidswürdiger Personen macht, um sie vom besondern Gerichtsstande zu befreyen [10.], sind willkührlich.

§. 550.

c.) Ausdehnung auf andre Personen.

Der, einer Person ertheilte allgemeine Gerichtsstand geht in einigen Fällen auch auf andre über, nämlich A.) der Gerichtsstand des Ehemannes auf seine Frau, unter den oben (§. 422. 427.) angegebenen Bestimmungen. B.) Der Gerichtsstand des Vaters auf die, unter seiner Gewalt befindlichen Kinder [1.], und endlich C.) der des Hausherrn auf dessen Dienstgesinde. In Betreff des gemeinen allgemeinen Gerichtsstandes ist diefs gewifs [2.], streitig aber in Ansehung des befreyten. Da der letzte ein blofses Surrogat des ersten ist, so ist es richtiger, wenn man demselben ganz die Natur dieses beylegt, womit auch zum Theil die Gesetze übereinstimmen [3.].

§. 551.

d.) Uebergang auf die Erben.

In Betreff der Frage, wo der Erbe zu belangen sey? unterscheide man: I.) er wird durch eine, erst gegen ihn wirklich gewordene Klage belangt: dann ist sein eigner Gerichtsstand der allein zuständige [1.]. II.) Durch eine schon gegen den Erblasser Statt gefundene Klage. War diese dann 1.) schon gegen den Erblasser angestellt, so mufs nach dessen Tode der Streit da fortgeführt werden, wo er anhängig ist. War diefs aber 2.) nicht der Fall, so mufs der Erbe zwar den besondern Gerichtsstand des Erblassers anerkennen [2.], nicht aber dessen allgemeinen gemeinen, oder befreyten [3.].

P. L. 2. T. 2. §. 68. [10.] vergl. Malblank consp. §. 169. Cocceii L. 5. T. 1. qu. 22.

[1.] Voet L. 5. T. 1. §. 100. [2.] L. 11. §. 1. de poen. (48. 19.) L. 89. de furt. (47. 2.) L. 6. §. 3. ad municipal. (50. 1.). [3.] Auth. Habita C. ne fil. pro patre (4. 13.) c. 69. C. 11. qu. 2. Danz ord. Proc. §. 35. Glück Comm. §. 510.

[1.] L. 38. L. 50. de indic. (5. 1.) L. 29. de inoffic. test. (5. 2.). [2.] L. 19. de iudic. (5. 1.) Koch de foro hered. §. 20. [3.] Koch l. c. §. 12 — 18. 21.

§. 552.

B.) Durch Prorogation. Wie geschieht sie?

Ist ein Gerichtsstand nicht durch die Gesetze begründet, so können die Partheyen ihn durch Willkühr für sich competent machen. Dieſs nennt man jetzt [1.] Prorogation, oder Erstreckung der Gerichtsbarkeit [2.]. Das Wesen derselben fordert eine freywillige Wahl, und es gibt keine nothwendige Prorogation [3.]. Diese Wahl kann übrigens nicht allein durch einen ausdrücklichen Vertrag geschehen, welchen aber, sofern er nicht bloſs in Begebung des befreyten Gerichtsstandes besteht [4.], vor Anbringung der Sache bey dem Richter keine der Partheyen, auch jetzt nicht [5.], bindet [6.]: sondern auch stillschweigend, aber nur von Seiten des Beklagten durch wahre Einlassung (§. 54.), nicht aber durch das, was von Seiten desselben der Einlassung vorherzugehen pflegt [7.], so wenig, als von Seiten des Klägers durch Anstellung der Klage [8.]. Ein Irrthum der Partheyen hebt die Prorogation auf [9.], auch kann sie nur Statt finden, wenn der incompetente Richter sie sich gefallen läſst [10.].

§. 553.

Unter welchen Beschränkungen?

Nur der Richter kann durch Prorogation competent gemacht werden, welcher überhaupt eine Gerichtsbarkeit (nicht Zweige derselben) erhalten hat [1.], sollte sie ihm auch nur über eine gewisse Classe befreyter Personen ertheilt seyn [2.], versteht sich ohne ausdrückliches Verbot, an-

[1.] Zufolge cap. 32. 40. X. de offic. et potest. iudic. deleg. (1. 29.) Enger ist der Sinn in L. 24. locat. (19. 2.) L. 19. 30. de leg. I. (30.) L. 2. L. 31. de re iudic. (42. 1.) [2.] Bach de prorog. iurisd. (op. n. 11.) Stockmann de iurisd. prorog. Lips. 1777. [3.] S. oben §. 544. not. 6. 7. [4.] L. 29. C. de pact. (2. 3.). [5.] A. M. ist Stryk L. 2. T. 1. §. 25. [6.] L. 18. de iurisd. (2. 1.). Huber prael. L. 2. T. 1. §. 12. A. M. sind Voet eod. §. 26. 27. Malblank consp. §. 154. [7.] L. 33. de iudic. (5. 1.) L. 13. C. de except. (8. 36.) L. 4. C. de iurisd. omn. iud. (3. 13.). [8.] A. M. sind Voet l. c. §. 23. 24. Malblank l. c. §. 155. [9.] L. 15. de iurisd. (2. 1.). [10.] Bach l. c. §. 3.

[1.] cap. 40. X. de offic. et potest. ind. deleg. (1. 29.) Vinnius de iurisd. c. 10. n. 6. Noodt de iurisd. L. 2. c. ult. Voet l. c. §. 16. [2.] L. 1. C. de iurisd. omn. iud. (3. 13.)

dern Personen Recht zu geben [3.]. Dafs ihm über diese einzelne, an ihn gebrachte Art der Sachen eine Gerichtsbarkeit zustehe, ist nicht erforderlich [4.], wohl aber dafs seine Gerichtsbarkeit überhaupt nicht erloschen sey [5.], und dafs er dieselbe an gehöriger Gerichtsstelle, und in seinem Gerichtsbezirk ausübe [6.]. Ist diefs, so kann jeder sich ihm unterwerfen. Nur Geistliche dürfen keinen weltlichen, und einen andern geistlichen Richter blofs dann angehen, wenn ihr ordentlicher Richter dazu einwilligt [7.]. Auch ist es jetzt, wenn einer ganzen Classe ein befreyter Gerichtsstand verliehen ist, den dazu gehörigen Personen überhaupt nicht mehr erlaubt, sich willkührlich einem andern Richter zu unterwerfen [8.].

§. 554.

Heutiger Gebrauch.

Unsre einheimische Verfassung hat hierin rechtlich nichts geändert. Weder das Verbot der Evocation [1.] steht der freywilligen Erstreckung der Gerichtsbarkeit von einem Reichslande in ein anderes entgegen [2.], noch auch die Natur unsrer Patrimonial-Gerichtsbarkeit [3.], am wenigsten aber die Rücksicht auf das ökonomische Wohl der, vom Staat besoldeten Justitz - Bedienten [4.] der Prorogation innerhalb des Landes.

Cap. 1. 12. X. de foro comp. (2. 2.) Brunnemann ad L. 5. C. de iurisd. omn. iudic. ad L. 2. C. si a non comp. iud. A. M. sind Voet l. c. §. 17. Glück Comm. §. 207. a. E. [3.] L. 5. C. de iurisd. omn. iudic. (3. 13.). [4.] L. 47. §. 1. de iudic. (5. 1.) L. 28. ad municip. (50. 1.) Struben 1. B. 14. Bed. Vergebens führt man L. 61. §. 1. de iudic. (5. 1.) dagegen an. [5.] Vinnius quaest. sel. L. 1. c. 4. A. M. ist Emminghaus ad Cocceii L. 2. T. 1. qu. 15. [6.] Vinnius a. a. O. — A. M. ist Emminghaus a. a. O. [7.] cap. 1. 12. X. de foro comp. (2. 2.) Die Protestanten halten sich aber, freylich ohne juristischen Grund, selten daran. I. H. Boehmer I. E. P. L. 2. T. 2. §. 40. 41. G. L. Boehmer princ. iur. can. §. 241. [8.] cap. 12. X. de foro comp. (2. 2.) Malblank consp. §. 151.

[1.] R. A. v. 1512. §. 14. R. A. v. 1654. §. 164. C. G. O. v. 1555. P. 2. Tit. 1. P. 5. Tit. 2. [2.] Stryk L. 2. T. 1. §. 24. Unbedingt das Gegentheil hat Schnaubert Beytr. 2. St. S. 150. fgg. und eine Mittel-Theorie Malblank consp. §. 153. [3.] Müller ad Leyser Obs. 127. A. M. ist Schnaubert a. a. O. S. 155. fgg. zum Theil Malblank a. a. O. [4.] Bach l. c. §. 9. Seinen Mittelweg verfolgt auch hier Malblank l. c. einen andern Glück Comm. §. 206.

§. 555.

II.) Neben-personen. 1.) von Seiten der Partheyen.

Unter den Neben-Personen, welche von Seiten der Partheyen in einem Rechtsstreit auftreten können, verdienen hier nur die Advocaten und Procuratoren genannt zu werden. Unter einem Advocaten versteht man den, welcher einer, für sich, oder einen andern streitenden Parthey bey den gerichtlichen Verhandlungen durch Rath und rechtliche Verträge beysteht [1.]. Procurator hingegen ist der, welcher für einen andern, Namens desselben, dessen Rechtsstreit leitet [2.]. Beyde Eigenschaften können in derselben Person verbunden seyn, und sind es jetzt auch gewöhnlich [3.], so wie es sich auch denken läſst, daſs die Parthey selbst ihre Sache vorträgt [4.].

§. 556.

A.) Advocaten. Wann sind sie zulässig?

Jeder kann in der Regel als Anwald alle Rechtssachen, selbst gegen seine Obern vertheidigen [1.], und darf, wenn er öffentlich bestellt ist, Niemand seinen Schutz entziehen [2.]. Nur in gewissen Sachen, besonders bey peinlichen Verhören, und wenn Streitigkeiten unter Ehegatten gütlich beyzulegen sind, schlieſst man Advocaten aus [3.].

§. 557.

Für wen?

Wer seine Rechtsstreitigkeiten zu führen befugt ist, kann sich auch einen Anwald bestellen. Bedarf eine Parthey eines solchen, so muſs ihr der Richter, wenn Aufforderungen nicht helfen, von Amtswegen einen solchen beygeben [1.], auch dafür

[1.] Tit. P. de postulando (3. 1.) C. Neller de postulando s. advocatis caussar. (op. T. 1.) C. C. Hofacker de advocat. Tub. 1788. [2.] Tit. P. de procurat. (3. 3.) C. F. Dapp v. d. Legitimat. zum Proceſs. Frankf. 1789. [3.] Pufendorf T. 1. Obs. 128. [4.] L. 1. §. 2. de postul. (3. 1.)

[1.] Durch eine willkührliche Ausdehnung der L. 10. §. 1. de postul. (3. 1.) behauptet das Gegentheil Cocceii L. 3. T. 1. qu. 1. [2.] L. 7. C. eod. (2. 6.). [3.] Boehmer I. E. P. L. 1. T. 37. §. 2. fgg. Koch inst. iur. crim. §. 667.

[1.] L. 9. §. 5. de offic. procons. (1. 16.) cap. 1. X. de offic. iudic. (1. 32.) cap. 14. X. de iudic. (2. 1.).

sorgen, daſs die eine Parthey die geschickten Advocaten nicht allein auf ihrer Seite habe [2.].

§. 558.

Wer ist unfähig? Seine eigne Sache kann natürlich jeder, aber auch nur der vertheidigen, welcher nach §. 526 einen Stand im Gericht hat [1.]. Für andre können nicht postuliren A.) Minderjährige [2.]; doch sind die Statuten hierüber abweichend. B.) Infamirte Personen, die Sachen naher Verwandten ausgenommen [3.]. C.) Geistliche, wenn sie nicht für nahe Verwandte, und die Kirche auftreten [4.]. D.) Uebermächtige Personen [5.], wovon aber, da der Staat jetzt den Advocaten auctorisirt, bey uns kein Gebrauch zu machen ist. E.) Wer zur Strafe von der Praxis ausgeschlossen [6.], oder F.) excommunicirt [7.], oder ein Ketzer ist [8.]. Ferner G.) ein Notar, insofern er die, von ihm verfaſsten Urkunden [9.], und ein Richter und Schiedsrichter, insofern er sein eignes Erkenntniſs bestreitet [10.], oder in einer vor ihn, als Richter, gehörenden Sache auftritt [11.]. H.) Der Anwald des Fiscus insofern er wider den Fiscus handeln soll, wenige Fälle ausgenommen [12.]. Nach der Strenge I.) Stumme und Blinde unbedingt [13.]. Endlich K.) nach der jetzigen Verfassung der mehrsten Länder jeder, welchen der Staat nicht auctorisirt hat. Der, auf Verlangen beyzubringende Beweis, daſs dieſs geschehen sey, heiſst **Legitimation zur Praxis** [14.].

[2.] L. 7. C. de postul. (2. 6.) Stryk L. 3. Tit. 1. §. 8.

[1.] §. ult. I. ex quib. causs. manum. non lic. (1. 6.) L. 45. §. 2. de re iudic. (42. 1.). [2.] Nicht nach L. 1. §. 3. de postul. (3. 1.) aber nach cap. 5. §. 2. de procur. in 6. (1. 19.) Leyser Sp. 51. m. 1. [3.] L. 1. §. 6. 8. 11. de postul. (3. 1.). [4.] cap 1. 2. 3. X. de postul. (1. 37.) Boehmer princ. iur. can. §. 709. [5.] Tit. C. ne liceat potent. (2. 14.). [6.] L. 8. 9. de postul. (3. 1.). [7.] cap. 8. X. de sentent. excommun. (5. 39.) cap. 8. eod. in 6. (5. 11.) [8.] L. ult. C. de postul. (2. 6.) cap. 11. X. de heret. (5. 7.) vergl. mit W. F. Art. 5. §. 55. [9.] R. A. v. 1548. 1555. Tit. 39. §. 2. [10.] Nur so weit ist man bey L. 14. C. de assessor. (1. 51.) geblieben. Glück Comm. §. 364. [11.] L. 6. C. de postul. (2. 6.). [12.] L. 10. L. 11. de postul. (3. 1.). [13.] L. 1. §. 8. eod. vergl. mit Stryck eod. §. 6. Wernher lect. comm. eod. §. 6. [14.] Danz ord. Proc. §. 148.

§. 559.

Pflichten des Advocaten.

Der Advocat ist seiner Parthey zur Treue, und möglichstem Fleiſs verpflichtet [1.], er darf sich aber nicht zur Vertheidigung einer ungerechten Sache, auch wenn er dieſs nachher entdeckt [2.], gebrauchen lassen. Unanständige Ausfälle gegen das Gericht und die Parthey ahndet der Richter selbst von Amtswegen [3.]. Fehlt der Anwald in richtiger Anwendung der Gesetze, so verbessert dieſs der Richter [4.]; stellt er aber factische Umstände unrichtig dar, so ist zu unterscheiden, ob er es in Gegenwart der Parthey that, oder nicht. Dort ist der unbewiesene Widerruf innerhalb dreyer Tage, hier hingegen der Beweis des Irrthums bis zur rechtskräftig gewordenen Entscheidung zulässig [5.].

§. 560.

Rechte desselben.

Jeder Anwald, welcher nicht durch seine Schuld Kosten verursacht hat, kann, ohne vorgehenden Vertrag, ein, jetzt gewöhnlich nach der Taxe zu bestimmendes Honorar fordern [1.], selbst dann, wenn er in seiner eignen Sache mit den Kosten gewinnt [2.], oder wenn er einer, nachher zu Vermögen gekommenen, armen Parthey hat dienen müssen [3.]. Ist ihm eine Belohnung für einzelne Sachen, oder in Bausch und Bogen versprochen, so bleibt es dabey [4.], nur darf er sich, bey Strafe der Infamie, weder vom Gegenstande des Rechtsstreits gewisse Procente (quota

[1.] L. 9. §. 2. de offic. procons. (1. 16.) L. 14. §. 1. C. de iudic. (3. 1.) L. 2. C. mandat. (4. 35.). [2.] Auth. Hodie iurant. C. de iudic. (3. 1.). Cocceii L. 3. T. 1. qu. 7. [3.] Weber v. Injur. und Schmähschr. 2. Abth. §. 20. [4.] Tit. C. ut quae desunt advoc. part. iud. suppl. (2. 11.) [5.] L. 2. 3. C. de error. advoc. (2. 10.) Ueber die Ideen andrer s. Leyser Sp. 48. m. 7. Struben 1. B. 336. Bed. Müller ad Leyser Obs. 170. 751. Hofacker T. 3. §. 4231. Wehrn de dolo, culpa etc. §. 43.

[1.] L. 1. §. 12. de extr. cogn. (50. 13.) L. 56. §. ult. mandat. (17. 1.) G. Krause de eo quod inst. est circa salar. et honorar. advocator. Vit. 1727. [2.] Struben 2. B. 31. Bed. Quistorp Beytr. 1. St. n. 6. [3.] Gail L. 1. Obs. 45. [4.] Carpzov P. 1. C. 1. Def. 34. Danz ord. Pr. §. 44.

litis) versprechen lassen [5.], noch sich überhaupt einen Vortheil auf den Fall des Sieges (palmarium) bedingen [6.]. Verhindert ein Zufall die Ausführung der Sache, so behält er, was ihm für seine künftigen Dienste gegeben ist [7.]. Auch können die Erben des fiscalischen Anwaldes ein Deservit-Gehalt fordern [8.], welches aber auf andre salarirte Anwälde keine Ausdehnung leidet [9.]. Die Forderungen des Anwaldes entscheidet der Richter, vor welchem der Procefs verhandelt ist, ohne Weitläuftigkeit [10.], und ohne Aufschub der Vollstreckung [11.]. Bis dahin kann der Anwald auch zu seiner Sicherheit die, ihm anvertrauten Acten zurückhalten [12.].

§. 561.

B.) Procuratoren. Dominium litis.

Nach älterem Römischen Recht wurden Procuratoren im Procefs gar nicht zugelassen. Später erlaubte man ihnen den Zutritt, jedoch unter der merkwürdigen Beschränkung, dafs man, des bestehenden Formular-Wesens wegen, das Eigenthum des Rechtsstreits (dominium litis) sofort auf sie übergehen liefs, wenn die Einlassung erfolgt, oder von dem unbestellten Vertheidiger eines Abwesenden Sicherheit geleistet war [1.]. Nach und nach ward indefs selbst von den Römern der Procurator einem Bevollmächtigten immer näher gebracht. Allein der Grundbegriff des dominii litis blieb. Auch das Kanonische Recht und die Reichsgesetze haben denselben beybehalten. Erst die Praxis hat den Procurator in die Reihe der blofsen Bevollmächtigten gesetzt [2.], und

[5.] L. 33. de pact. (2. 14.) L. 5. C. de postul. (2. 6.) C. v. Eck de pacto de quota litis (Meermann Thes. T. Suppl.) [6.] L. 7. mandat. (17. 1.) L. 1. §. 12. de extraord. cogn. (50. 13.) Lauterbach de palmario §. 27. fgg. F. A. Kühnhold de palmario advocat. promisso. Lips. 1725. Struben 1. B. 104. Bed. A. M. ist C. F. Schorch de palmario advoc. licito (op. Erf. no. 3.). [7.] L. 38. §. 1. locat. (19. 2.) L. 1. §. 13. de extraord. cogn. (50. 13.). [8.] L. 3. §. ult. L. 5. §. ult. C. de advocat. divers. iudic. (2. 8.) [9.] I. H. Boehmer de anno deservito. cap. 2. (Exerc. T. 3.) Struben 2. B. 122. Bed. [10.] Mevius P. 1. Dec. 154. Gail L. 1. Obs. 44. [11.] Gail L. 2. Obs. 12. [12.] Faselius vom Retent. R. §. 18.

[1.] L. 76. de procur. (3. 3.) L. 22. C. eod. (2. 13.). [2.] I. H. Boehmer Diss. de dom. lit. (Exerc. T. 2.) Idem I. E.

das, hin und wieder übliche Führen des Rechtsstreits auf den Namen des Procurators ist fast das einzige Ueberbleibsel der älteren Begriffe [3.].

§. 562.

Wann sind sie zulässig? Wann müssen sie handeln?

In der Regel werden Procuratoren in allen bürgerlichen [1.] Sachen zugelassen, nur nicht nach der Meynung vieler zur Ableistung eines Eydes [2.], und zwar nur sofern, als sie sich freywillig dazu verstehen [3.]. Gezwungen werden sie bloſs dann zur Vertheidigung eines andern, wenn sie öffentlich dazu bestellt sind [4.], wenn ihr, nicht zu ihrem eignen Nutzen von ihnen vertheidigter Principal als Widerbeklagter belangt wird [5.], oder wenn ihnen ein Recht nicht wider ihren Willen [6.], und unentgeltlich [7.] cedirt ward, und sie dieſs nicht in eignem Namen actione utili, sondern Namens des Cedenten verfolgen [8.], und bey dieser Verfolgung Ansprüche an den Cedenten gemacht werden.

§. 563.

Unfähige Procuratoren.

Als Procuratoren sind ausgeschlossen: A.) Alle zu gerichtlichen Handlungen physisch unfähige [1.], so wie B.) infamirte Personen [2.]. C.) Minderjährige [3.]. D.) Weiber. Doch sind diese fähig, im Nothfall für ihre Verwandten und Ehemänner [4.]; wohin auch der Fall gehört, wenn sie gegen

P. L. 1. T. 38. §. 21 — 59. [3.] Doch ist die Praxis nicht auſser Streit. Winkler de different. int. lit. cont. iur. vet. et hod. Sect. 3. §. 6. Dapp v. d. Legitim. §. 55 — 75. Malblank princ. §. 310. Hofacker T. 3. §. 4310.

[1.] Ueber peinliche Sachen s. Dapp §. 185 — 232. [2.] S. unten §. 640. Vergl. auch noch L. 40. pr. L. 43. §. 2. L. 47. pr. de procur. (3. 3.). [3.] L. 17. C. de procur. (2. 13.). [4.] Mynsinger cent. 4. Obs. 32. [5.] L. 33. §. 3. 4. L. 35. de procur. (3. 3.). Boehmer de domin. lit. cap. 2. §. 23. cap. 3. §. 16. [6.] L. 33. §. ult. h. t. (3. 3.). Noodt Comm. L. 3. T. 3. [7.] L. 34 vergl. mit L. 70. eod. Voet L. 5. T. 1. §. 84. A. M. ist Glück Comm. §. 398. not. 85. [8.] L. 33. §. 3. h. t. (3. 3.) vergl. mit L. 16. de pact. (2. 14.).

[1.] L. 43. pr. h. t. (3. 3.). [2.] §. ult. I. de except. (4. 13.) L. 6. 15. C. h. t. (2. 13.). [3.] L. 23. de minor. (4. 4.) L. 1. §. 3. de postul. (3. 1.) vergl. mit cap. 5. §. 2. de procur. in 6. (1. 19.). [4.] L. 41. h. t. (3. 3.) L. 4. C. eod. (2. 13.).

ein, ihren Kindern nachtheiliges Urtheil die Appellation einlegen [5.]. Aufserdem pflegt man Aebtissinnen in Sachen ihres Klosters, und Weiber, welche eine Gerichtsbarkeit haben, nicht unfähig zu halten [6.]. E.) Soldaten, sofern sie nicht für ihr Regiment [7.], die Freyheit ihrer Verwandten [8.], oder als Procuratoren zu ihrem Vortheil auftreten [9.]. F.) Geistliche, in weltlichen, ihre nahen Verwandten nicht betreffenden Sachen [10.]. G.) Uebermächtige Personen [11.]. H.) Geächtete und Excommunicirte [12.]. Endlich I.) an vielen Gerichten alle, welche nicht zur Procuratur bey demselben öffentlich bestellt sind.

§. 564.

Legitimation zum Procefs.

Wer als Procurator für einen andern zugelassen werden will, mufs beweisen, dafs er von dem, welcher dazu befugt war, bestellt sey, oder dafs ihn die Gesetze insbesondere dazu berechtigt haben. Kann er diefs nicht, so darf ihn der Richter selbst nicht unter Sicherheitsleistung zulassen [1.]. Nur dann bedarf es dieses Beweises, welchen man Legitimation zum Procefs nennt, nicht, wenn der Procurator eine Sache anhängig macht, wo der Richter von Amtswegen verfahren kann oder mufs [2.].

§. 565.

Procuratoren, Actoren, Syndici.

Wer einen Procurator bestellen will, mufs über die Streitsache, als seine eigne frey verfügen können [1.], oder von den Gesetzen zum Vertreter eines andern bestellt seyn [2.]. Er-

[5.] L. 1. §. 1. de appel. rec. et non rec. (49. 5.). [6.] Arg. cap. 4. X. de arbitr. (1. 43.) arg. cap. 4. X. de confirm. util. (2. 30.) Dapp §. 134—152. [7.] L. 8. §. 2. h. t. (3. 3.). [8.] L. 3. §. 1. de liberal. causs. (40. 12.). [9.] L. 8. §. 2. h. t. (3. 3.) L. 9. C. eod. (2. 13.). [10.] Nov. 123. c. 6. cap. 2. 4. X. ne cleric. (3. 1.). [11.] Tit. C. ne liceat potent. (2. 14.). [12.] Dapp §. 126.

[1.] L. 1. L. 24. C. h. t. (2. 13.). Lauterbach L. 3. T. 3. §. 27. G. d'Arnaud conj. L. 1. c. 19. Die Praxis macht jedoch, wenn der unbefugte Procurator Sicherheit leistet, eine Ausnahme. Dapp §. 337. not. a. [2.] L. 3. §. 9. 11. de lib. hom. exhib. (43. 29.) L. 1. C. si per vim (8. 5.).

[1.] L. 8. pr. h. t. (3. 3.) L. 18. §. 1. de indic. (5. 1.). Dapp §. 119—124. [2.] §. 6. I. de curat. (1. 23.) L. 11. C. de

nennt der Eigenthümer einen Anwald, so wird derselbe Procurator in eigentlichem Sinn; ernennt ihn ein Dritter, als Nichteigenthümer, so wird er Actor genannt. Actoren sind jetzt unbedingt die von Vormündern als solchen [3.], und von den Vätern und Ehemännern nicht in eigner Sache und Gewalt ernannten Anwälde [4.]. Der, von einer Gemeinheit bestellte Procurator heifst Syndicus, er sey nun auf immer für alle Streitigkeiten derselben bestellt (syndicus perpetuus), oder nicht.

§. 566.

Nothwendigkeit eines Procurators.

In der Regel wird Niemand zur Bestellung eines Procurators gezwungen. Ausgenommen sind A.) mehrere Streitgenossen, welche einen gemeinschaftlichen Anwald, und Gemeinheiten, welche einen Syndicus zu bestellen haben [1.]; B.) personae illustres [2.], und natürlich C.) alle, welche physisch unfähig zur Betreibung ihrer Sachen sind. Deutsche Statuten gehen oft weiter. Wo dieser Zwang Statt findet, kann der Richter selbst Procuratoren für die Parthey bestellen, wenn diese es nicht thut [3.].

§. 567.

Art der Bevollmächtigung.

Die Bevollmächtigung kann geschehen entweder ausdrücklich, oder stillschweigend durch concludente Handlungen des Principals und Anwalds [1.], wohin besonders das, auf allen Fall aber nicht über die einzelne Handlung zu erstreckende wissentliche Schweigen des Principals zu den Handlungen des Anwalds gehört [2.]. Ist die geschehene Bevollmächtigung nicht gerichtskundig, so mufs sie durch eine, Beweiskraft habende Urkunde erwiesen werden, woraus absolut erhellen mufs, wer Principal und Anwald,

procur. (2. 13.) L. 1. C. de bon. maternis (6. 60.). [3.] Boehmer de domin. litis cap. 3. §. 10. A. M. ist Dapp §. 76. [4.] Dapp §. 86 — 95. Gönner jur. Abh. 2. B. n. 12.

[1.] L. 5. §. 7. C. iudic. solv. (46. 7.). [2.] Nov. 71. c. 1. L. 1. 2. 3. quod cuiusc. univ. nom. (3. 4.). [3.] Hofmann de procurat. ex offic. constituendo. Marb. 1754.

[1.] L. 8. §. 1. de procur. (3. 3.) Clem. 1. eod. (1. 10.). Dapp §. 241. [2.] Danz ord. Proc. §. 130.

welches die Sache, und wo, und gegen wen sie zu verhandeln sey? Ein, in Nebentheilen wesentliches Erfordernifs ist die Ausdehnung der Vollmacht auf die Erben des Principals (clausula heredum), und die Ertheilung des Rechts, einen Afteranwald zu ernennen, wenigstens jetzt [3.]. In Vollmachten, welche Syndicis (§. 565.) ausgestellt werden (Syndicat), ist diese Clausel (nach §. 201.) nicht nöthig [4.]; dagegen aber mufs daraus erhellen, dafs der Syndicus durch einen förmlichen Act des Gemeindewillens (§. 200.) ausdrücklich, oder stillschweigend ernannt sey [5.].

§. 568.

Fortsetzung.

Hat Jemand keine Vollmacht, oder eine solche, der zum Wesen derselben absolut erforderliche Bestandtheile fehlen [1.], so wird er in der Regel nicht zugelassen, ausgenommen wenn er für einen abwesenden Beklagten (als Defensor) auftritt, dabey zur Fortsetzung der Sache fähig ist, und die gehörige Sicherheit leistet [2.]. In einigen Fällen vermuthen jedoch die Gesetze, dafs ein, ohne Vollmacht für einen Kläger, oder einen anwesenden Beklagten auftretender Anwald wirklich beauftragt sey. Die, welche zu diesen Personen gehören, heifsen vermuthete Anwälde (procuratores praesumti).

§. 569.

Vermuthete Anwälde.

Als vermuthete Anwälde werden zugelassen A.) natürliche erbfähige Verwandten und Schwäger, in grader Linie ins Unendliche, in den Seitenlinien bis in den zweyten Grad nach Römischer Computation [1.]; jedoch so, dafs im Fall der Concurrenz die nächsten vorgehen [2.]. B.) Streitgenossen nach der Einlassung [3.]. Gemeindeglieder können (nach §. 201.) nur da in Gemeindesachen als Streitgenossen angesehen werden, wo die Sache sie selbst, als Einzelne,

[3.] I. R. A. §. 99. 100. Dapp §. 269 – 82. Danz §. 135. [4.] Carpzov P. 1. C. 13. Def. 9. [5.] Tit. P. quod cuiusc. univ. nom. (3. 4.).

[1.] Danz ord. Proc. §. 137. [2.] L. 33. §. 2. L. 45. §. 2. L. 52. L. 53. L. 54. h. t. (3. 3.).

[1.] L. 35. L. 40. pr. h. t. (3. 3.). Dapp §. 394. 395. 399. 414. [2.] Dapp §. 397. 398. 411. [3.] L. 2. C. de consort. eiusd.

betrifft [4.]. C.) Der Ehemann [5.]. Doch ist dieser da nicht als vermutheter Anwald zu behandeln, wo er gesetzlich verpflichtet, und zu seinem Vortheil berechtigt ist, die Person der Frau, und deren Güter zu vertheidigen [6.]. D.) Jeder, welcher zur Sache gehörende Documente in Händen hat, aber nur bis zur Einlassung [7.]. Alle diese Personen werden (natürlich mit Ausnahme der unter D. erwähnten) im Lauf des Rechtsstreits ohne Vollmacht zugelassen [8.], nur müssen sie gehörige Sicherheit leisten [9.]; auch darf weder der entgegengesetzte Wille des Principals offenbar [10.], noch dessen Zustimmung unmöglich seyn [11.].

§. 570.

Wesentlichkeit der Legitimation.

Die Legitimation mufs im ersten Termine berichtigt, und kann auch nachher in jedem Theil des Processes, selbst vom Richter Amtshalber gefordert werden [1.], und zwar von wahren Procuratoren, der Beweis der Bevollmächtigung; von Actoren aufserdem der Beweis, dafs der, welcher sie bestellte, dazu befugt war; von auctorisirten Stellvertretern, und vermutheten Procuratoren der Beweis der Eigenschaft, auf welche sie das Vertheidigungsrecht gründen [2.]. Die Ratihabition des Principals ergänzt jedoch unbedingt rückwärts alle Mängel [3.].

§. 571.

Pflichten des Procurators.

Der Procurator ist, wie jeder Mandatar, zur Treue und zum Fleifs verpflichtet [1.]; nur darf er sich jetzt, ohne besondre Erlaub-

lit. (3. 40.). Dapp §. 433—444. [4.] Stryk L. 3. T. 4. §. 7. [5.] L. 21. C. h. t. (2. 13.). [6.] Gönner jur. Abh. 2. B. n. 12. [7.] K. G. O. 1. Thl. Tit. 21. §. 2. [8.] L. 35. pr. L. 40. §. 4. h. t. (3. 3.) L. 12. C. eod. (3. 13.). Dapp §. 449. 450. A. M. ist Danz ord. Pr. §. 141. [9.] L. 40. §. 2. 3. L. 46. L. 53. h. t. (3. 3.) L. 21. C. eod. (3. 13.) L. un. C. de satisdat. (2. 57.) L. ult. C. de consort. eiusd. lit. (3. 40.), S. auch unten §. 757. 758. [10.] L. 40. §. ult. h. t. (3. 3.). [11.] Hofacker T. 3. §. 4303. A. M. ist Danz §. 142.

[1.] L. 24. C. h. t. (2. 13.) cap. 4. X. de procur. (1. 38.). I. R. A. §. 42. 121. 122. [2.] Danz ord. Proc. §. 145. [3.] L. 56. de iudic. (5. 1.). Hofacker T. 3. §. 4304.

[1.] L. 9. 10. §. 8. L. 20. h. t. (3. 3.) L. 13. 21. C. eod. (2. 13.).

nifs keinen andern substituiren [2.]. Seine Pflicht ist innerhalb den Grenzen seines Auftrags, und dessen, was damit zusammenhängt, zu bleiben [3.]; doch kommt hiebey viel darauf an, ob er zur Besorgung aller gerichtlichen und aufsergerichtlichen Geschäfte einer Person (procurator omnium bonorum), für alle Rechtsstreitigkeiten (procurator generalis ad exercendas lites), für einen einzelnen ganzen Rechtsstreit (proc. particularis ad totam litem), oder endlich nur für eine einzelne Handlung (proc. particularis ad unam speciem) bestellt ist. Im ersten Fall darf er alle, selbst sehr bedeutenden Handlungen vornehmen, welche der Principal muthmafslich selbst würde gethan haben [4.]; in den letzten drey Fällen hingegen blofs die, wesentlich zu dem übertragenen Geschäft gehörenden, nicht aber andre bedeutende Handlungen, wenn er nicht, selbst als vermutheter Procurator [5.], dazu ein besonderes Mandat erhalten hat [6.]. Die Hinzufügung der Kanonischen Clausel: cum libera [7.] vermehrt, und die Weglassung derselben vermindert diese Rechte nach der jetzigen Praxis nicht [8.].

§. 572.

Besonders wenn mehrere ernannt sind.

Sind mehrere Procuratoren ernannt, wo diefs erlaubt ist [1.], und zwar A.) von verschiedenen Partheyen: so sind alle vereint zuzulassen [2.]. Hat B.) dieselbe Parthey sie ernannt, so steht a.) der Substitut [3.], und der, der Zeit nach zuerst ernannte den andern nach [4.]. Haben sie aber b.) gleiche Ansprüche, so schliefst nach Römischem Recht der, welcher zuerst das dominium litis erwirbt, die andern aus [5.]. Nach Kanonischem Recht aber müs-

[2.] A. M. ist Dapp §. 538—544. wegen L. 76. h. t. (3. 3.) L. 8. §. 3. mand. (17. 1.) L. 8. 11. 23. C. h. t. (2. 13.). [3.] Dahin gehört die vom Procurator wenigstens einzulegende Appellation. L. 17. C h. t. (2. 13.) vergl. mit cap. penult. X. de procur. (1. 38.). Stryk L. 3. T. 3. §. 43. Boehmer I. E. P. L. 1. T. 38. §. 51. [4.] L. 58. L. 63. h. t. (3. 3.) L. 12. pr. L. 87. de solut. (46. 3.) L. 11. 12. de pignor. act. (13. 7.). Vinnii qu. sel. L. 1. c. 9. Boehmer I. E. P. L. 1. T. 38. §. 6. [5.] L. 27. pr. de minor. (4. 4.). [6.] L. 12. de pact. (2. 14.) L. 60. h. t. (3. 3.). Boehmer l. c. §. 10. Dapp §. 517—38. [7.] Cap. 4. 5. de procurat. in 6. (1. 19.). [8.] Boehmer l. c. §. 9. Dapp §. 268. Danz ord. Pr. §. 136.

[1.] Eine Ausnahme s. §. 566. [2.] L. 31. §. 1. h. t. (3. 3.). [3.] I. R. A. §. 100. [4.] L. 31. §. 2. h. t. (3. 3.). [5.] L.

sen sie alle vereint handeln [6.], wenn nicht, wie man es jetzt in einer sehr unbestimmten Formel [7.] übersetzt, die Clausel sammt oder sonders, oder die Clausel sammt und sonders hinzugefügt ist. Jene gibt dem Einzelnen im Zweifel das Präventions-Recht, welches bis dahin, daſs er selbst nicht handeln kann, die andern ausschlieſst [8.]; diese hingegen berechtigt nur allein zu handeln, wenn die andern nicht können und wollen [9.]. Alles dieſs gilt dann auch von den, unter dem allgemeinen Ausdruck: Procuratoren mit enthaltenen Syndicis [10.].

§. 573.

Rechte derselben.

Bey dem Nichtgebrauch des dominii litis kann man dem Procurator bloſs die Rechte eines Mandatars zuschreiben. Der Widerruf und der Tod des Principals heben also seine Gewalt auf [1.]. Daſs er seine Auslagen berechnen kann, versteht sich; doch gibt ihm die Praxis jetzt auch Ansprüche auf ein Honorar [2.].

§. 574.

2.) Nebenpersonen von Seiten des Gerichts.

Unter den Nebenpersonen, welche von Seiten des Gerichts im Proceſs vorkommen, ist der Actuar, welcher jetzt eine andre Benennung zu haben pflegt, die wichtigste. Man versteht darunter eine, zur Aufzeichnung der gerichtlichen Vorgänge unter öffentlicher Auctorität angestellte Person. Ist ein solcher vor, oder nach der Aufzeichnung beeydigt, so haben dessen Registraturen, oder Protocolle vollen Glauben [1.]. Wo kein Actuar angestellt ist, sollte der Richter wenigstens zwey Zeugen zuziehen, sofern er dessen Stelle vertritt [2.]; allein die particulaire Verfassung ist hierin sehr abweichend [3.], und nur in peinlichen Fällen macht man es dem Rich-

32. eod. [6.] Cap. 6. de procur. in 6. (1. 19.). [7.] Claproth ord. Proc. §. 58. [8.] Cap. 6. cit. cap. 8. de offic. et pot. iud. deleg. in 6. (1. 14.). [9.] Cap. 21. X. eod. Boehmer I. E. P. L. 1. T. 29. §. 25—27. [10.] Boehmer l. c. L. 1. T. 39. §. ult.

[1.] Struben 5. B. 25. Bed. [2.] Martin Lehrb. d. Proc. §. 43.

[1.] Danz ord. Proc. §. 45. [2.] Cap. 11. X. de probat. (2. 19.) cap. 28. X. de test. (2. 20.). [3.] Struben 2. B. 71. 79. Bed.

ter, dem kein Actuar zur Seite ist, zur Pflicht, nicht ohne Zeugen zu handeln [4.]. In Betreff der mannigfaltigen bey uns, unter eben so verschiedenen Namen vorkommenden Nebenpersonen läfst sich aus dem gemeinen Recht nichts angeben.

Zweytes Capitel.

Ueber die Form und das Wesen des processualischen Verfahrens überhaupt.

Einleitung.

Ueber Selbsthülfe, Selbstvertheidigung, und gütliche, aufsergerichtliche Entscheidung des Rechtsstreits.

§. 575.

I.) Ueber Selbsthülfe und Selbstvertheidigung.

Wer sich durch Eigenmacht Recht zu verschaffen sucht, kann sich dabey entweder angreifend, oder abwehrend verhalten. Jenes nennt man Selbsthülfe, dieses Selbstvertheidigung. Die erste ist, sofern man richterliche Hülfe erhalten kann [1.], in der Regel verboten [2.], und wird nach Römischem Recht (Decreto D. Marci) dadurch zum Vortheil des Angegriffenen gestraft, dafs bey wirklich gegründeten Forderungen der Angreifende sein ganzes Recht verliert, bey ungegründeten hingegen das Abgeprefste und dessen Werth restituirt werden mufs [3.]. Diese Strafen finden auch noch jetzt Statt [4.].

[4.] Glücks Comm. §. 528. not. 21. 24.

[1.] L. 10. §. 16. quae in fraud. cred. (42. 8.). [2.] Die Ausnahmen s. bey Claproth ord. Proc. §. 2. 3. 4. 5. Die Geschichte dieser Lehre in C. F. Walch disquis. hist. iur. civ. de vindict. privat. Jen. 1768. (op. T. 1.). [3.] L. 7. C. de vi (9. 33.). Müller ad Leyser Obs. 839. [4.] K. G. O. v. 1521. Tit. 32. §. 2. R. A. v. 1532. Tit. 2. §. 15. E. L. A. Eisenhard de poena legib. Rom. advers. vindict. privat. sancita in foro adhuc valida. Helmst. 1787. A. M. ist Claproth a. a. O. §. 3.

§. 576.

Insbesondere über novi operis nunciatio.

Die Selbstvertheidigung ist dagegen einem jeden unbedingt erlaubt [1.], nicht allein zur Schützung seiner Person [2.], sondern auch zur Schützung aller Sachen, in deren Besitz er sich wirklich befindet [3.], sofern nur dabey nicht mehr Gewalt angewandt wird, als zur Abwendung der eigenmächtigen Störung nöthig ist (moderamen inculpatae tutelae) [4.]. Eine Art, wenigstens zum Theil, der eigenmächtigen Vertheidigung des Besitzes ist die sogenannte novi operis nunciatio, welche einer besonderen Erörterung bedarf.

§. 577.

Arten derselben.

Wenn von Jemand unbefugter Weise die Errichtung oder Aenderung eines künstlichen, mit dem Boden zusammenhängenden Werks [1.] angefangen ist, so kann vor Vollendung desselben, der, welcher darunter leidet, die Vollführung zu jeder Zeit [2.] auf mehrfache Art hindern, nämlich 1.) durch Thätlichkeiten. Diese sind nur dem erlaubt, welcher seinen noch nicht verlorenen Besitz vertheidigt, aber auch demselben nothwendig, um nicht den Besitz zu verlieren [3.]. Man nennt diefs nunciatio realis, welche dann nicht allein durch Vertreiben der Arbeiter, und Destruction des Werks [4.], sondern auch durch das symbolische Zeichen des Hinwerfens eines Steines gegen das Werk (iactu lapilli) geschehen kann [5.]. 2) Ohne Thätlichkeiten, entweder dadurch, dafs der Beeinträchtigte (er sey Besitzer, oder nicht) richterliche Hülfe sucht (nunciatio publica), oder aufsergerichtlich, jedoch aber

[1.] Hellfeld de violenta rer. nostrar. defensione. (op. n. 21.). [2.] L. 1. §. 4. L. 4. C. de L. Corn. de sicar. (9. 16.) L. 4. L. 5. L. 45. §. 4. L. 52. §. 1. ad L. Aquil. (9. 2.). [3.] S. oben §. 281. [4.] L. 1. C. unde vi (8. 4.).

[1.] L. 1. §. 11. 12. L. 11 §. 1. de nov. op. nunciat. (39. 1.). [2.] L. 1. §. 1. eod. L. 1. quod vi aut clam (43. 24.). [3.] L. 1. §. 4. h. t. (39. 1.) L. 3. §. 9. de vi et vi arm. (43. 16.). Leyser Sp. 426. m. 3. 6. [4.] L. 5. §. 10. h. t. (39. 1.) L. 1. C. ut nem. lic. sine iudice (2. 17.). [5.] L. 1. §. 6. L. 5. §. 10. h. t. (39. 1.). Cocceii eod. qu. 1. I. G. P. du Roi de iactu lapilli liber singul. Helmst. 1782. Müller ad Leyser Obs.

im Angesicht des Werks [6.], eine Protestation einlegt (nunciatio verbalis privata). Nur die letzte Art nennen die Römer novi operis nunciatio [7.], unter welchem Ausdruck erst die Neueren alle jene Arten begriffen haben. Der Inhibirende heiſst Nunciant, der, gegen den die Inhibition gerichtet wird, Nunciat.

§. 578.

Wer nunciirt, und wem?

Der Nunciant ist, bey Vertheidigung öffentlicher Sachen, jeder aus dem Volk [1.], bey Privatsachen aber der, welchem ein dingliches Recht an der Sache zusteht [2.], jedoch so, daſs die, welche bloſs dingliche Nutzungsrechte haben, Namens des Eigenthümers die Handlung vornehmen müssen [3.]. Wer ein persönliches Recht an der Sache hat, ist ohne Mandat, den einzigen Fall der Abwesenheit des Eigenthümers abgerechnet [4.], von der Nunciation ganz ausgeschlossen [5.], so wie jeder, welcher nicht frey über seine Sachen verfügen kann [6.], und der Miteigenthümer gegen den andern [7.]. Der Nunciat ist jeder, welcher das Werk für sich, und einen andern vollführt, jedoch bey der gerichtlichen natürlich nur der erste allein [8.]. Bey der gerichtlichen Nunciation kann der Nunciat von dem Nuncianten den Eyd für Gefährde verlangen [9.].

§. 579.

Wirkungen der nunciatio.

Jede Nunciation bewirkt zunächst, wenn nicht Gefahr beym Verzuge ist [1.], daſs der Nunciat von Vollendung des Werks abstehen muſs [2.], eine Verpflichtung, welche auf die allgemeinen und besondern Nachfolger des Nunciaten übergeht [3.], und auch den Miteigenthümer bindet, während sie

674. [6.] L. 5. §. 1. 4. eod. [7.] L. 5. §. 1. 2. L. 5. §. 10. 15. eod. Püttmann probab. cap. 20.

[1.] L. 3. §. ult. L. 4. h. t. (39. 1.). [2.] L. 1. §. 19. L. 5. §. 5. L. 9. L. 19. eod. [3.] L. 1. §. 20. L. 2. L. 8. pr. L. 9. L. 14. L. 15. eod. L. un. §. 5. 4. de remiss. (43. 25.). Cuiac. L. 1. Obs. 17. Westphal de libert. et servit. praed. §. 551. [4.] L. 1. C. si per vim (8. 5.). [5.] L. 3. §. 3. h. t. (39. 1.). [6.] L. 5. pr. eod. [7.] L. 5. §. 1. 2. eod. [8.] L. 5. §. 3. 4. 16. L. 10. L. 18. §. 1. L. 26. §. 1. eod. [9.] L. 5. §. 14. eod.

[1.] L. 5. §. 12. 13. h. t. (39. 1.). [2.] L. 5. §. 2. L. 21. §. 3. eod. [3.] L. 8. §. 6. L. 7. L. 10. L. ult. eod.

dem Miteigenthümer des Nuncianten keine Rechte mittheilt [4.]. Erfolgt die Fortsetzung, bevor dazu ein Recht erworben ist, so können der Nunciant und dessen Erben ein sogenanntes interdictum demolitorium auswirken, welches den Thäter unbedingt zur Destruction auf eigne Kosten verpflichtet [5.], den Erben nach den Begriffen der Römer (§. 293.), soweit er bereichert ist [6.], und den successor singularis wenigstens so weit, daſs er die Destruction des Werks auf Kosten des Nuncianten leiden muſs [7.]. Die einzelnen Arten der Nunciation haben aber noch ihre besondern Wirkungen. Die reelle verpflichtet nämlich unbedingt den Nunciaten, vor ausgemachter Sache von Fortsetzung des Werks abzustehen [8.]. Eben dieſs fand sonst Statt, wenn der Nunciant sich an den Richter wandte, während die wörtliche auſsergerichtliche Nunciation bloſs bewirkte, daſs der Nunciat vor bestellter Caution, im Unterliegungsfall alles demoliren zu wollen, nicht fortbauen durfte [9.]. Allein jetzt muſs man unterscheiden, ob der Nunciant sofort die Sache gerichtlich anhängig macht, oder nicht. Im letzten Fall bleibt es beym Alten. In jenem aber darf der Nunciat das Werk sogleich nicht fortsetzen; wird aber in drey Monathen der Streit nicht geendet, so kann er unter Bestellung jener Caution fortbauen [10.]. Hat der Nunciat die genannte Caution bestellt, oder verweigert der Nunciant widerrechtlich die Annahme derselben, so hat jener ein sogenanntes interdictum prohibitorium, um sich bey der Fortsetzung des Werks zu schützen [11.].

§. 580.

Erlöschen derselben.

Die inhibitorische Kraft der Nunciation erlischt durch Veräuſserung der Sache von Seiten des Nuncianten, und durch dessen Tod [1.], so wie, nach dem bisherigen, durch Cautions-Leistung, und

[4.] L. 5. §. 5. eod. [5.] L. 20. §. 7. eod. [6.] L. 8. §. ult. L. 20. §. 8. L. 22. eod. [7.] L. 20. §. 8. L. 22. L. ult. eod. [8.] Arg. L. 1. §. 6. L. 5. §. 10. eod. Cocceii cod. qu. 2. [9.] L. 3. §. 5. 6. quod vi. (43. 24.). [10.] L. un. C. h. t. (8. 11.) cap. 3. 4. X. de nov. op. nunc. (5. 34.). Westphal l. c. §. 345. Boehmer I. E. P. L. 5. T. 34. §. 2. [11.] L. 20. §. 9. 13. 15. L. 5. §. 17. h. t. (39. 1.).

[1.] L. 8. §. 6. 7. h. t. (39. 1.).

durch willkührliche Remission beyder Theile, und einseitige Erlaubnifs des Richters [2.]. Uebrigens stehen dem Nuncianten, welcher als solcher im Gericht unterliegt, noch immer die ordentlichen Rechtsmittel offen [3.].

§. 581.

II.) Ueber Vergleiche.

Das erste Mittel, einen Rechtsstreit gütlich beyzulegen, ist der Vergleich (transactio, depectio) [1.]; doch ist der Begriff desselben nicht blofs auf Rechtsstreitigkeiten zu beschränken, indem vielmehr unter dem Vergleich jeder Vertrag zu verstehen ist, da ein Theil seine, in ihren Folgen ungewissen Ansprüche für eine Gegenleistung aufgibt [2.].

§. 582.

Allgemeine Natur desselben.

Der Vergleich steht im Ganzen unter den allgemeinen Grundsätzen von Verträgen. Arglist und Betrug haben hier die gewöhnlichen Wirkungen [1.], und in Betreff des Irrthums findet gleichfalls nichts singulaires Statt, wiewohl nach der Natur des Vergleichs die Principien dahin zu modificiren sind, dafs auch hier ein überhaupt unwesentlicher Irrthum das Geschäft nicht vernichtet [2.], und ein wesentlicher Irrthum blofs dann in Betracht kommt, wenn er nicht das ungewisse Object des Vertrags betrifft [3.], sondern das, was beyde Theile als gewifs voraussetzen [4.]. Nur darin liegt etwas besonderes, dafs der Richter von Amtswegen berechtigt und verpflichtet ist, unter den streitenden Theilen nach der Antwort auf die Klage, und nachher

[2.] L. 5. §. 19. L. 13. §. 1. 2. L. 16. eod. [3.] L. 9. eod.

[1.] Vinnius de pact. et transact. L. A. Renthe Verf. einer syst. Erläut. d. Lehre v. d. Transacten. Rost. u. Leipz. 1789. M. de Lutenberger D. exhib. transactionis notionem eamque ineundi modos, ex iur. Rom. princip. Tub. 1795. [2.] L. 8. de transact. (2. 15.) L. 11. C. eod. (2. 4.). Vinnius l. c. cap. 1. n. 3. Noodt de pact. cap. 3.

[1.] L. 9. §. 2. h. t. (2. 15.) L. 3. 4. 42. C. eod. (2. 4.). [2.] L. 2. C. eod. [3.] L. 78. §. 16. ad SCt. Trebell. (36. 1.) L. 65. §. 1. de condict. indeb. (12. 6.) L. 19. L. 29. pr. C. h. t. (2. 4.) L. 6. C. de iur. et facti ignor. (1. 18.). [4.] L. 3. §. 1. L. 12. h. t. (2. 15.) L. 42. C. eod. (2. 4.). M. G. Goetz comm. de errore in transact. recte aestim. Nor. 1797. Allenfalls auch

zu jeder Zeit, die Güte zu versuchen [5.]. Zwang ist ihm aber dabey nicht erlaubt, doch pflegt man bey Kleinigkeiten, und des öffentlichen Bestens wegen (freylich willkührlich) einige Ausnahmen zuzulassen [6.]. Ueber die erzwungenen Nachlaſsverträge im Concurse ist hier der Ort nicht zu handeln.

§. 583.

Gegenstand des Vergleichs.

Der Gegenstand eines Vergleichs muſs etwas ungewisses seyn, und zwar eine, der Willkühr der Contrahenten unterworfene Sache. Daraus folgt denn wieder, in Gemäſsheit allgemeiner Grundsätze, A.) daſs ein Vergleich über etwas gewisses, mithin auch ein Vergleich über ein unumstöſsliches, den Partheyen bekannt gewordenes Urtheil, als in sich widersprechend [1.] null und nichtig ist [2.], worin einheimische Rechtsgrundsätze nichts geändert haben [3.]. B.) Daſs der Vergleich ungültig ist, insofern ein Theil unbefugt Rechte aufgibt oder ertheilt. Er darf also nicht zum Nachtheil eines Dritten, wenn dieſs nicht durch eine nothwendige Folge geschieht [4.], gereichen [5.], wohin auch ein Vergleich unter Privat-Personen über Erlassung einer verwirkten öffentlichen Strafe [6.], und über Erwerbung der Ingenuität gehören würde [7.]. Eben so kann der Vormund ohne Decret unveräuſserliche Sachen durch einen Vergleich zwar einseitig erhalten, nicht aber aufgeben [8.], selbst dann nicht, wenn

noch F. a. v. Ende verm. jur. Abh. 1. Thl. n. 1. [5.] I. R. A. v. 110. [6.] Vergl. S. I. Kapf de transact. imperata. Tub. 1761. I. H. Bartels an transact. part. invit. imperar. poss. Goett. 1790. Danz ord. Pr. §. 149—151. Struben 1. B. 66. Bed. Glück Comm. §. 347. a. E.

[1.] Ein pactum remissorium gilt hier natürlich. L. 17. §. 13. de pact. (2. 14.) L. 32. C. h. t. (2. 4.). [2.] L. 23. §. 1. de cond. indeb. (12. 6.). I. N. Hert de transact. post rem iudic. Giess. 1705. M. W. Schroeteringk de transact. super re indic. Lugd. B. 1754. [3.] A. M. sind Wernher lect. c. L. 2. T. 15. §. 5. Müller ad Leyser Obs. 167. Allein die Römer schlossen hier ja aus Grundsätzen, welche sie selbst bey Contracten befolgten! [4.] L. 14. h. t. (2. 15.). [5.] L. 3. eod. [6.] Anders verhält es sich mit Privat-Strafen. L. 7. §. 14. L. 17. §. 1. de pact. (2. 14.) L. 56. §. 4. de furt. (47. 2.) L. 13. C. eod. (6. 2.). [7.] L. 6. C. de liberal. causs. (7. 16.). [8.] L. 47. §. ult. de admin. tut. (26. 7.) L. 22. C. eod. (5. 37.) L. 54. §. 5. L. 56. §. 4. de furt. (47. 2.).

ein Dritter sie besitzen sollte [9.], auch überhaupt nie ohne offenbaren Nutzen des Mündels transigiren [10.]. Dasselbe gilt von einem Privat-Vergleich über Aufhebung einer gewifs eingegangenen Ehe, welcher jedoch bey den Protestanten unter Auctorität der geistlichen Obrigkeit wirksam werden kann [11.]. Auch ergibt sich aus dem obigen (§. 571.) in Ansehung der Procuratoren, welche hier wiederum die Syndiken mit begreifen [12.], dafs alle, nicht zu ihrem Vortheil [13.], und nicht für alle Geschäfte bestellten Procuratoren ohne besondere Erlaubnifs keinen Vergleich eingehen dürfen [14.].

§. 584.

Beschränkung der Freyheit zu transigiren.

Auf den Grundsätzen über die Unverletzlichkeit der Rechte dritter Personen beruht denn auch die Vorschrift, dafs Niemand seine Rechte auf künftige [1.], ihm durch eine letzte Willensordnung [2.], oder die Gesetze [3.] angewiesenen, zu seinem Unterhalt wirklich bestimmten Alimente [4.], einseitig durch Vergleich oder einen andern Vertrag [5.] auf einmal gegen etwas gewisses aufgeben kann [6.], wenn nicht nach vorgängiger förmlicher Untersuchung der Richter den Vergleich bestätigt [7.]. Ohne diefs wirkt aus jenem Grunde selbst die eydliche Bestärkung eines solchen Vergleichs nichts [8.]. Singulair ist dagegen die, im Fall eydlicher Bestärkung jetzt wegfallende [9.] Vorschrift, dafs der Vergleich über ein unbekanntes Testament nichtig [10.], und der Vergleich

[9.] A. M. ist Voet L. 2. T. 15. §. 2. [10.] L. 26. §. ult. de admin. tut. (26. 7.) L. 35. de iureiur. (12. 2.). Leyser Sp. 46. m. 1. 2. [11.] Cap. 2. X. de clandestin. despons. (4. 3.). Leyser Sp. 47. m. 5. Sponsalien sind nicht einmal so beschränkt cap. 2. X. de sponsal. (4. 1.). Pufendorf T. II. Obs. 76. [12.] L. 12. C. h. t. (2. 4.) L. 5. C. de usuris (4. 32.) L. 34. §. 1. de iureiur. (12. 2.). [13.] L. 17. §. 3. de iureiur. (12. 2.). [14.] L. 12. de pact. (2. 14.) L. 17. §. ult. de iureiur. (12. 2.). Noodt de pact. cap. 27. Vinnius ad §. 42. I. de rer. divis.

[1.] L. 8. C. h. t. (2. 4.). [2.] L. 8. §. 2. D. eod. (2. 15.). [3.] Glück Comm. §. 553. not. 60. 62. [4.] L. 8. §. 23. eod. [5.] L. 8. §. 6. eod. Stryk L. 2. T. 15. §. 11. A. M. ist Noodt de pact. cap. 17. [6.] L. 8. §. 6. 17. 24. eod. [7.] L. 8. pr. §. 8 — 11. eod. [8.] Meditationen über versch. R. M. 5 B. n. 283. [9.] Glück §. 349. not. 77. [10.] L. 6. h. t. (2. 15.). Ueber die mancherley abweichenden Ideen

mit dem Ankläger über Aufgebung der Anklage die Folge haben soll, dafs der, des Verbrechens beschuldigte, wenn das Verbrechen, mit Ausnahme des Ehebruchs [11.], nicht Capital ist, infamirt, und als überführt angesehen wird [12.], wovon jedoch die heutige Praxis abweicht [13.].

§. 585.

Wirkung des Vergleichs.

Der Vergleich war bey den Römern an sich ein unbestätigtes pactum (§. 145.), welches nur Einreden erzeugte, und die Verbindlichkeit blofs ope exceptionis (§. 185.) aufhob [1.], doch konnte man sich gegen den Widerspännstigen, als Zwangsmittel, der alten Klage bedienen, und der, ihr entgegengesetzten Einrede des Vergleichs durch die Replik des Betrugs begegnen [2.]. In eine Contracts-Form eingekleidet, war er natürlich vollgültig, und zwar aus politischen Gründen unter der Erweiterung, dafs bey einem, einen Rechtsstreit schlichtenden, durch Leistung in einen Real-Contract verwandelten Vergleich sogar die Reue (§. 147.) wegfiel [3.], und selbst gegen den Treulosen auf Erfüllung geklagt werden mufste [4.]. Jetzt gilt das letzte unbedingt, und jeder Vergleich ist klagbar [5.]. Das Brechen eines beschwornen Vergleichs hat die Strafe der unmittelbaren Infamie zur Folge [6.].

§. 586.

Vernichtung desselben.

Alle Facta, welche vertragsmäfsig entstandene Verbindlichkeit aufheben, machen auch den Vergleich ungültig [1.]. Die unmäfsige

andrer s. Glück a. a. O. Juristisches Journal. Ronneb. 1798. 1. B. 3. Hft. n. 1. [11.] L. 18. C. h. t. (2. 4.). [12.] L. 4. L. 29. de iure fisci (49. 14.) L. 3. §. 1. de praevaric. (47. 15.) L. 2. de concuss. (47. 13.). I. A. Stryk de transact. super delict. Kleinschrodt Grundw. d. peinl. R. 2. B. §. 89. fgg. [13.] Quistorp peinl. R. §. 103. Wernher lect. com. L. 2. T. 15. §. 9.

[1.] L. 1. 2. 4. 5. 15. h. t. (2. 15.) L. 4. 6. 33. C. eod. (2. 4.). Noodt de pact. cap. 14. Averan interpr. L. 3. c. 8. [2.] L. 27. pr. de inoffic. test. (5. 2.) L. 28. C. h. t. (2. 4.) [3.] L. 17. C. eod. [4.] L. 6. 17. C. eod. Die von Cocceii L. 2. T. 15. qu. 15. dagegen angeführte L. 14. C. eod. spricht von beyderseitiger Zustimmung. [5.] S. oben §. 150. [6.] L. 41. C. h. t. (2. 4.).

[1.] L. 96. §. 1. de solut. (46. 3.) L. 35. de re iudic. (42. 1.).

Verletzung (§. 179—182.) kann hier aber nicht unbedingt in Betracht kommen, sondern nur insofern, als Jemand bey dem Weggeben der, ihm gewiſs gehörenden Sache über die Hälfte verletzt ist [2.].

§. 587.

Auslegung des Vergleichs.

Die Grundsätze über die Auslegung rechtlicher Geschäfte (§. 46. 47.) sind uneingeschränkt auch auf den Vergleich anzuwenden [1.]. Der Vergleich ist also nur auf die Dinge zu erstrecken, welche Gegenstand desselben waren, und alles, woran die Contrahenten nicht dachten, bleibt den rechtlichen Ansprüchen derselben (natürlich unter Aufrechterhaltung des Vergleiches selbst) vorbehalten [2.].

§. 588.

III.) Entscheidung durch Schiedsrichter.

Das zweyte Mittel, ohne gerichtliches Verfahren einen Rechtsstreit beyzulegen, ist die Wahl eines Schiedsrichters [1.], wozu ein vorgängiger Vertrag der Partheyen unter sich (compromissum), und ein Vertrag mit dem Schiedsrichter (receptum) gehört [2.]. Beyde Verträge können in allen Formen eingegangen werden, und selbst die Hinzufügung eines Eydes ist jetzt erlaubt [3.]. Um den Schiedsrichter vom iudex der Römer, (welchen letzten man auch arbiter legalis nennt) und den Arbitratoren (§. 137.) zu unterscheiden, fügt man gewöhnlich dem Wort Arbiter den Beysatz compromissarius hinzu.

[2.] L. 78. §. ult. ad SCt. Trebell. (36. 1.). Andre Ideen haben Müller ad Leyser Obs. 166. Emminghaus ad Coccejii L. 2. T. 15. qu. 17. Allein s. Meine Versuche 2. B. n. 11.

[1.] Gönner jur. Abh. 1. B. n. 4. [2.] L. 12. h. t. (2. 15.) L. 29. 31. C. eod. (2. 4.). Hellfeld de eo quod ob species noviter repertas circa transact. iuris est. (in op.). Meditationen über versch. R. M. 4. B. n. 231.

[1.] W. A. Lauterbach de arbitr. compromissariis. Tub. 1675. I. H. v. Stralen de eod. arg. Lugd. B. 1769. [2.] L. 11. §. 1. L. 13. §. 2. de recept. (4. 8.) L. 81. de iudic. (5. 1.) L. 14. C. eod. [3.] L. 4. C. h. t. (2. 56.) Nov. 72. C. 11. §. 1. vergl. mit cap. 6. X. de vot. (3. 34.).

§. 589.

Ursprung des Schiedsrichters.

Die Wahl eines Schiedsrichters hängt in der Regel von der Willkühr der streitenden Theile ab, wenn ihnen nicht durch besondere testamentarische oder gesetzliche Verfügungen [1.] die Pflicht aufgelegt ist, einen Schiedsrichter zu wählen. Dieser heifst denn im letzten Fall ein arbiter necessarius, in jenem voluntarius.

§. 590.

Wer ist dazu zu wählen?

Nur der, welcher zur Entscheidung der Sache, und zum Richteramt fähig ist, kann zum Schiedsrichter gewählt werden [1.]. Ausgeschlossen sind daher Weiber, insofern sie keine eigne Gerichtsbarkeit haben [2.], und Minderjährige unter 18 Jahren. Sind sie über 18 aber unter 20 Jahren, so ist die Wahl gültig, wenn den Compromittenten das Alter bekannt war, nachher unbedingt, doch kann der Minderjährige bis zur Volljährigkeit gegen das Receptum Restitution verlangen [3.]. Selbst Magistratspersonen (mit Ausnahme des Reichs-Kammergerichts) dürfen gewählt werden [4.]; doch behandelt man sie jetzt nur in Rücksicht der, ihnen vorgeschriebenen Verfahrungsart als Privat-Richter, legt ihnen aber im Uebrigen die ganze Gewalt eines öffentlichen Richters bey [5.]. Auch mehrere können jetzt, selbst in gleicher Zahl [6.], gewählt werden, und diefs zwar wieder so, dafs es ihnen im Fall der Uneinigkeit frey stehen solle, einen Dritten (superarbiter, conciliator, concordator, Obmann) zuzuzie-

[1.] L. 16. C. de iudic. (3. 1.) cap. 39. X. de arbitris (1. 43.) cap. 4. eod. in 6. (1. 22). Bey uns gehören hieher die Austräge, wovon im Staatsrecht und Reichsprocefs..

[1.] L. 9. §. 1. L. ult. C. h. t. (2. 56.) cap. 8. 9. X. de arbitr. (1. 43.). [2.] Cap. 4. X. de arbitr. (1. 43.). G. L. Boehmer de superarbitris (Elect. T. 1.) cap. 3. §. 7. O. L. v. Eichmann kleine Abhandl. n. 22. [3.] L. 41. h. t. (4. 8.) vergl. mit L. 57. de re iudicat. (42. 1.) cap. 41. X. de offic. et potest. iud. deleg. (1. 29.). Voet L. 4. T. 8. §. 7. [4.] L. 3. §. 3. L. 9. §. 2. h. t. (4. 8.). R. A. v. 1594. §. 64. Pufendorf T. 1. Obs. 170. [5.] Mevius P. 1. Dec. 98. Lauterbach l. c. §. 21. Stryk L. 4. T. 8. §. 4—6. J. H. Boehmer I. E. P. L. 1. T. 43. §. 4. [6.] Denn man behandelt cap. 1. cap. penult. X. de arbitr. (1. 43.) als Rath. Lauterbach l. c. §. 24. Boehmer princ. iur. can. §. 894.

hen, um den Ausschlag zu geben. Ist dieser aber nicht bestimmt genannt, so ist das ganze Receptum nichtig [7.].

§. 591.

Gewalt des Schieds-richters.

Nur die Sachen können an einen Schiedsrichter gebracht werden, welche die Compromittenten durch Vergleich selbst hätten ausmachen können [1.]. Im Uebrigen kann er den Rechtsstreit leiten und entscheiden, wie ein öffentlicher Richter [2.], doch hat er kein imperium, kann also weder sein Urtheil vollstrecken [3.], noch Zeugen befehlen sich abhören zu lassen [4.], auch keine Caution fordern [5.]. Eben so wenig ist die eigenmächtige Anbringung einer Widerklage bey ihm zulässig [6.].

§. 592.

Dessen Pflichten.

Die Pflichten der Schiedsrichter bestehen in folgenden: A.) Sie müssen sich der Untersuchung und Entscheidung der Sache unterziehen, und können dieſs nur aus wichtigen Gründen ablehnen, auch sich, ohne Erlaubniſs, Niemand substituiren [1.]. B.) Sind mehrere ernannt, so müssen sie alle handeln, jedoch jetzt [2.] unter der vergebens angefochtenen [3.] Beschränkung: Falls nicht der nicht Erscheinende gehörig geladen, und ohne Grund wegbleiben sollte. Die Clauseln: sammt und sonders, und sammt oder sonders können auch hier Aenderungen bewirken [4.]. C.) Die

[7.] L. 17. §. 5. h. t. (4. 8.) cap. 12. X. de arbitr. (1. 43.) A. M. ist in Betreff des Röm. R. G. L. Boehmer Diss. cit. cap. 1. §. 11. Müller ad Leyser Obs. 195. Auch die Praxis weicht ab. Hofacker T. 3. §. 4021.

[1.] L. 32. §. 6. h. t. (4. 8.) cap. 7. cap. penult. X. de in int. rest. (1. 41.) Lauterbach l. c. §. 30. [2.] L. 39. h. t. (4. 8.) Auch treten hier, jedoch beschränkt, die Folgen der Rechtshängigkeit (§. 607. 625.) ein. L. 5. §. 1. C. h. t. (2. 56.) vergl. mit L. 30. h. t. (4. 8.). [3.] L. 5. C. h. t. (2. 56.) cap. 2. 4. X. de arbitr. (1. 43.). [4.] L. 39. h. t. (4. 8.). [5.] L. 32. §. 20. eod. [6.] cap. 6. X. de arbitr. (1. 43.).

[1.] L. 9. §. 4. 5. L. 11. L. 15. L. 16. L. 32. §. 12. 16. h. t. (4. 8.). [2.] L. 17. §. 7. L. 18. eod. vergl. mit cap. ult. de arbitr. in 6. (1. 22.) Cocceii L. 4. T. 8. qu. 2. [3.] Glück Comm. §. 480. not. 92. [4.] S. oben §. 572.

Führung des Processes muſs in der gewöhnlichen Form geschehen, wenn nicht den Schiedsrichtern ein anderes Verfahren erlaubt ist [5.]. Endlich müssen D.) mehrere Schiedsrichter sich Eines Schlusses zu vereinigen suchen. Sind die Stimmen ungleich, so gehen die der Zahl nach überwiegenden gleichen Stimmen vor. Ist keine Pluralität der Stimmen da, so geht der harmonirende Inhalt der Stimmen, sofern er überwiegend ist, vor [6.]. Treten alle diese Fälle nicht ein, so müssen die Schiedsrichter einen Obmann (wozu man jetzt Spruch-Collegien zu wählen pflegt) ernennen, und dieser kann denn einem Theil beytreten, oder selbst eine willkührliche Entscheidung fassen [7.]. Der schiedsrichterliche Spruch heiſst arbitrium oder laudum [8.].

§. 593.

Kraft des Spruchs desselben.

Ist der Spruch des Schiedsrichters Rechtsverhältnissen widerstreitend, worüber Privat-Personen nicht verfügen können, z. B. eine Schändlichkeit erlaubend, oder wider das öffentliche Recht, oder die Grenzen des recepti überschreitend, so ist er nichtig [1.], sonst aber besteht er, er sey billig oder unbillig, durch falsche Gründe veranlaſst oder nicht, und zwar nach Römischem Recht unumstöſslich [2.]. Das ältere Kanonische Recht verwirft auch die Appellation dagegen; das neuere erlaubt aber eine sogenannte auſsergerichtliche Berufung [3.], und in den Reichsgesetzen findet sich die Zulässigkeit einer Be-

[5.] L. 1. L. 32. §. 15. h. t. (4. 8.). [6.] L. 17. §. 7. L. 27. §. 3. eod. vergl. mit cap. 1. de arbitr. in 6. (1. 22.). Cocceii l. c. qu. 4. Lauterbach l. c. §. 26. Voet L. 4. T. 8. §. 19. [7.] L. 17. §. 5. 6. eod. cap. 39. X. de offic. et potest. iud. deleg. (1. 29.). [8.] G. L. Boehmer Diss. cit. cap. 1. §. 16.

[1.] L. 1. pr. L. 21. §. 7. 11. h. t. (4. 8.) cap. 5. 6. 9. 11. 13. X. de arbitr. (1. 43.). C. G. Strecker de laudo arbitror. eiusque in iure effectu. Erf. 1733. Ayrer de auctor. arbitrii ex compromisso vim iudicati hab. Viel zu weit geht Leyser Sp. 65. m. 3. Vergl. Claproth ord. Proc. §. 12. not. c. [2.] L. 19. pr. L. 27. §. 2. L. 31. L. 32. §. 14. eod. Selbst der Schiedsrichter kann ihn aus keinem Grunde ändern, L. 19. §. ult. L. 20. eod. wohl aber Zweydeutigkeiten darin erklären. Schilter Ex. 12. §. 9. [3.] cap. 2. X. de arbitr. (1. 43.) cap. 5. X. de appell. (2. 28.) G. L. Boeh-

schwerde über eine laesio enormissima [4.]. Dadurch ist die, freylich noch angefochtene [5.], Praxis entstanden, daſs jedes unbillige Laudum binnen 30 Jahren bey dem ordentlichen Richter des beklagten Compromittenten durch eine provocatio, oder reductio ad arbitrium boni viri angefochten werden kann [6.].

§. 594.

Daraus entstehende Rechte.

Das Arbitrium erzeugte bey den Römern keine neue Verbindlichkeit, sondern der Sieger hatte bloſs die, aus der Natur des Compromisses folgenden Rechtsmittel [1.]; daher denn auch die Ungültigkeit des nutzlosen Vertrages, daſs der Schiedsrichter ein, ihm vorgeschriebenes Urtheil fällen solle [2.]. War demnach das Compromiſs in eine Contracts-Form eingekleidet, so hatte der Sieger eine Klage [3.], welcher der andre durch Erlegung der versprochenen Strafe nicht ausweichen konnte [4.]; ein bloſses pactum dagegen erzeugte nur Einreden [5.]. Allein nach Justinians Vorschrift muſs man im Fall eines simpeln pacti unterscheiden, ob das laudum von den Partheyen durch Unterschrift, oder zehntägiges Schweigen genehmigt (homologatum) ist, oder ob sie binnen 10 Tagen dagegen protestirt haben. Im letzten Fall wird es ganz vernichtet; in jenem erhält der Sieger aus dem simpeln Vertrage eine actio in factum schlechthin auf Leistung und Execution [6.]. Auch dieſs ändert wieder das Deutsche Recht. Denn ein simpler Vertrag bindet uns, wie den Römer die Stipulation. Das laudum bindet also jetzt sofort, noch ehe es homologatum ist. Nach der Billigung treten Justinians Vorschriften ein [7.].

mer l. c. cap. 2. §. 8. [4.] R. A. v. 1594. §. 64. [5.] Glück Comm. §. 482. [6.] Perez ad Cod. L. 2. T. 56. §. 12. Gail L. 1. obs. 149. G. L. Boehmer Diss. cit. cap. 3. §. 8. Voet L. 4. T. 8. §. 25 — 28.

[1.] L. 2. h. t. (4. 8.) L. 1. C. eod. (2. 56.). [2.] L. 19. pr. D. eod. Thomasius ad Huber L. 4. T. 8. [3.] L. 27. §. 7. L. 54. L. 38. eod. L. 3. C. h. t. (2. 56.). [4.] Boehmer I. E. P. L. 1. T. 43. §. 2. Emminghaus ad Coccejii L. 4. T. 8. qu. 6. not. n. A. M. ist wegen L. 30. h. t. Stryk L. 4. T. 8. §. 7. 8. [5.] L. 11. §. 3. eod. L. 5. C. h. t. (2. 56.). [6.] L. 4. §. ult. L. 5. C. l. c. [7.] I. H. Boehmer l. c. §. 14. Stryk L. 4. T. 8. §. 11. Diese

§. 595.

Erlöschen der Wirkungen des Compromisses.

Die Wirkungen des Compromisses und recepti erlöschen, sofern das laudum noch nicht abgegeben ist [1.], A.) durch alle Gründe, welche Verträge überhaupt aufheben. Insbesondere aber B.) durch einseitiges Abspringen eines der Compromittenten, welches jedoch Verwirkung der Conventional-Strafe, und Ansprüche auf Entschädigung nach sich zieht [2.]. C.) Durch Zurücktreten des Schiedsrichters aus wichtigen Gründen [3.]. D.) Durch den Tod des Schiedsrichters. Sind mehrere ernannt, so hat der Tod eines einzelnen dieselbe Wirkung [4.], Falls nicht die mehreren als Collegium gewählt waren [5.]. E.) Durch den Tod, und den, demselben gleichgestellten Banquerott [6.], eines der Compromittenten [7.], sofern der, mehrere betreffende Gegenstand nicht von selbst getheilt [8.], oder das Compromifs auf die Erben gerichtet ist, nur mufs es auf die Erben aller gerichtet seyn [9.]. F.) Wenn der Spruch nicht binnen der bestimmten Zeit erfolgt [10.], oder endlich G.) Gründe eintreten, welche ihn unnütz machen [11.].

§. 596.

IV.) Aufsergerichtlicher Eyd.

Das letzte Mittel, ohne Richter einen Streit beyzulegen, besteht darin, dafs man Jemand erlaubt, entweder schlechthin nach seinem billigen Ermessen (§. 137.), oder eydlich über seine Rechte selbst den Ausspruch zu thun. Dieser aufsergerichtlich angetragene Eyd braucht aber weder bey Antragung, noch etwaniger Zurückschiebung

Principien heben denn auch den Zweifel bey Malblank princ. iur. R. §. 335. not. z. über die Praxis.

[1.] cap. 10. X. de arbitr. (1. 43.). [2.] L. 30. h. t. (4. 8.) Lauterbach l. c. §. 43. [3.] S. oben §. 592. not. 1. [4.] L. 32. §. 2. eod. cap. 42. X. de offic. et potest. iudic. deleg. (1. 29.) [5.] Lauterbach l. c. §. 42. [6.] L. 17. pr. D. eod. [7.] L. 27. §. 1. eod. cap. ult. X. de arbitr. (1. 43.). [8.] Lauterbach §. 43. [9.] L. 49. §. 2. h. t. (4. 8.) [10.] L. 32. §. 8. eod. [11.] L. 17. pr. eod.

desselben angenommen zu werden [1.]; ist er jedoch abgeleistet, so ist die Angabe des Schwörenden unumstöſslich, wie ein Vergleich [2.], und eine wirkliche Schuld wird dadurch, wie durch Zahlung aufgehoben [3.]. Die eydliche Angabe erzeugt aber keine neue Klage, sondern es kann bloſs die wirklich Statt gefundene, oder eydlich als existirend angegebene alte Klage angestellt, und der Eyd, als adiectitia qualitas (§. 53.) mit erwähnt werden [4.].

Erster Titel.

Pflichten und Rechte des Richters in Beziehung auf Rechtsstreitigkeiten im Allgemeinen.

§. 597.

Einleitung. Wesentliche Proceſs-Theile.

Da jeder von seinem Recht Gebrauch machen kann; da Forderungen entstellt, und durch Einreden entkräftet, auch factische Umstände nicht ohne Beweis als existirend angenommen werden können; so sind Klage, Antwort, (wenigstens der rechtlichen Möglichkeit nach) Beweis, und Erkenntniſs die wesentlichen Theile jedes ordnungsmäſsigen (nicht tumultuarischen) Verfahrens, ohne welche jeder Proceſs absolut nichtig ist [1.]. Die Vernachlässigung der, als Nebentheile (essentialia relativa) vorgeschriebenen Handlungen bewirkt nur Ungültigkeit in Ansehung des Punkts, worin wider die Gesetze gefehlt ist [2.].

§. 598.

I.) Pflichten des Richters. 1.) Nur

Der Richter ist vom Amtswegen verpflichtet, daſs der Rechtsstreit in der gehörigen Ordnung geführt, und nach den Gesetzen

[1.] L. 17. de iureiur. (12. 2.). [2.] L. 12. C. de rebus credit. (4. 1.) [3.] L. 7. L. 28. §. 1. 3. L. 40. L. 42. §. ult. de iureiur. (12. 2.) Cuiac. Obs. L. 22. c. 1. [4.] L. 3. L. 7. L. 9. pr. §. 1 — 3. 11. L. 11. §. 1. L. 28. §. 10. eod. L. 9. C. de R. C. (4. 1.) Huber prael. ad Inst. L. 4. T. 6. §. 15. A. M. ist Cocceii L. 12. T. 2. qu. 22.

[1.] I. H. Boehmer I. E. P. L. 2. T. 6. §. 4. fgg. Gönner Handb. d. Proc. 1. B. n. 6. [2.] Gönner a. a. O. n. 13. 14.

aufgerufen zu handeln.

sowohl, als den Acten entschieden werde [1.] und zwar in so weit, als die Partheyen seine Entscheidung verlangen. Er darf daher in der Regel weder Gesuche noch Thatumstände ergänzen [2.], wenn ihm nicht die Gesetze die besondere Pflicht aufgelegt haben, sich der streitenden Theile bey Darstellung und Ausführung ihrer Gerechtsame ungebeten anzunehmen, wie diefs der Fall ist in Streitigkeiten welche den Staat [3.], Kirchen und milde Stiftungen [4.], mitleidswürdige Personen und Pupillen [5.], Landleute [6.], Alimente, und die Brautgabe betreffen [7.], oder wenn eine Parthey aus Versehen zu wenig gebeten hat [8.].

§. 599.

2.) Pflicht Ort und Zeit zu beobachten. Ueber Ferien.

Der Richter ist ferner verpflichtet, sein Amt innerhalb des Bezirkes seiner Gerichtsbarkeit, und an der, ihm zur Haltung des Gerichts angewiesenen Stelle auszuüben [1.], so wie an den, vom Regenten für gerichtliche Geschäfte bestimmten Tagen (dies fasti, iuridici, sessionum) [2.]. Die Tage, an welchen vor einem bestehenden Gericht [3.] nichts verhandelt werden darf (nefasti) nennt man Ferien [4.]. Sind diese aus

[1.] L. 6. §. 1. de offic. praes. (1. 16.) L. 13. C. de sentent. et interloc. (7. 45.) Nov. 113. c. 1. §. 1. [2.] S. überh. Zannschliffer de offic. iudic. suppletorio. (op. T. 1. n. 1.) I. H. Boehmer de iudice procedent. ex offic. (Exerc. T. 2. n. 35.) Gerland tr. de offic. iudic. etiam citra implorat. staduendi ea quae LL. et aequitat. conv. Mitav. 1783. Gönner Handb. d. Proc. 2. B. n. 27. [3.] I. R. A. §. 100. [4.] L. 28. C. de episc. et cleric. (1. 3.) Nov. 131. c. 11. 12. Clem. 2. de iudic. (2. 1.). [5.] L. 2. §. 1. ne de stat. def. (40. 15.) §. 9. I. de suspect. tutor. (1. 26.). [6.] L. 1, de edendo (2. 13.). [7.] L. 5. §. 8. de agnosc. vel al. lib. (25. 5.) L. 22. §. 6. solut. matr. (24. 3.). [8.] §. 34. I. de act. (4. 6.) cap. 6. X. de iudic. (2. 1.) Struben 1. B. 56. Bed.

[1.] L. ult. de iurisd. (2. 1.) L. ult. de offic. praes. urb. (1. 12.) L. 3. de offic. praes. (1. 18.) L. 2. §. 1. quis ordo in poss. (38. 15.). [2.] L. 2. §. 1. cit. L. 7. C. de fer. (3. 12.). [3.] Sind die Gerichte aufgehoben, so nennt man diefs Gerichtssperre (iustitium) I. H. Boehmer de eo quod iustum est durante iustitio (Exerc. T. 2. n. 25.) [4.] Tit. P. de fer. et dilat. (2. 12.). W. A. Lauterbach de feriis. Tub. 1661. G. C. Neller collect. method. SS. can. et LL. praec. ad L.

religiösen Gründen angeordnet, so nennt man sie göttliche, aus andern Gründen, menschliche. Beyde stimmen darin überein, dafs im Zweifel alle gerichtlichen Handlungen, sofern nicht das Staatswohl dabey interessirt, oder Gefahr beym Verzuge ist, an solchen Tagen nicht vorgenommen werden dürfen [5.]. Gegen die menschlichen Ferien, wenn sie nicht als göttliche behandelt werden [6.], findet jedoch eine Entsagung Satt [7.].

§. 600.

3.) Beobachtung der gehörigen Ordnung.

Auch die gehörige Ordnung mufs bey gerichtlichen Verhandlungen beobachtet werden [1.]. Sind A.) in einer Sache verschiedene Fragen zu entscheiden, so geht die vor, welche für die andre präparatorisch, oder präjudiciell ist [2.]. Collidiren B.) verschiedene Hauptsachen, so ist die wichtigere vor allen zu verhandeln [3.]. Welches die wichtigere sey, hängt im Ganzen von der Beurtheilung des Richters ab. Ausdrücklich bestimmt ist jedoch, dafs die Civil-Sache, wenn nicht Gefahr beym Verzuge ist [4.], der peinlichen, eine Geld- einer Ehren-, und eine Privat- einer Staatssache nachstehen soll [5.].

§. 601.

4.) Führung der Acten. Relationen.

Zu den Pflichten der Gerichte gehört ferner, dafs alle gerichtlichen Vorgänge zum Protocoll bemerkt, und die Acten gehörig geord-

2. Decret. T. 9. Trev. 1755. (in op. Tom. 1. u. Schmidt Thes. iur. eccl. T. 6. n. 19.). [5.] L. 3. L. 9. h. t. (2. 12.) L. 5. L. 10. C. eod. (3. 12.). [6.] L. 38. de pat. (2. 14.) L. 26. §. 6. quib. ex causs. maior. (4. 5.). [7.] L. 6. h. t. (2. 12.).

[1.] I. N. Hert de ord. causs. in iudic. tractand. Giess. 1695. (op. V. 1. T. 3. n. 6.) Meister de ordine cognit. in causs. civ. et crimin. concurs. (op. T. 2. 12. 17.). [2.] L. 1. 2. C. de ord. iudic. (3. 8.) L. 1. 2. 3. C. de ord. cogn. (7. 19.) L. 10. C. de iniur. (9. 35.) L. 14. C. de testib. (4. 20.). L. 13. C. de rei vind. (3. 32.). [3.] L. 54. de iudic. (5. 1.). [4.] L. 1. C. de appell. (7. 62.). [5.] L. 5. §. 1. ad L. Jul. de vi publ. (48. 6.) L. 35. de iure fisci (49. 14.) L. 104. de R. I. (50. 17.) L. 33. C. ad L. Jul. de adult. (9. 9.).

net und aufbewahrt werden [1.]. Da bey der jetzigen collegialischen Verfassung alle Mitglieder die Acten nicht lesen können, so ist insbesondere die Pflicht des Referenten, alles getreu und in der gehörigen Form zu referiren, so wie des, wenigstens oft bestellten Correferenten, die Acten so durchzugehen, dafs er jeden Theil der Relation zu beurtheilen im Stande sey [2.].

§. 602.

5.) Leitung und Entscheidung der Processe durch Erkenntnisse.

In Beziehung auf die Führung und Beendigung der Rechtsstreitigkeiten ist der Richter insbesondere verpflichtet, die gehörigen Weisungen und Befehle zur Entscheidung des Rechtsstreits ergehen zu lassen, und nach hinlänglich verhandelter Sache über den Streit selbst zu entscheiden, und seinen Befehlen und Entscheidungen durch die gesetzlichen Zwangsmittel Wirksamkeit zu verschaffen. Die zur Leitung des Rechtsstreits abzweckenden Auflagen werden Bescheide (interlocutiones) oder Decrete im eigentlichen Sinn genannt, und zwar reine (merae), oder vermischte (mixtae), je nachdem sie einseitig, oder nach vorgängigem Widerspruch erlassen werden. Die, einen streitigen, nicht den blofsen Procefs-Gang betreffenden Punkt entscheidenden Erkenntnisse heissen Urtheile (sententiae), und zwar Nebenurtheile (interlocutoriae) oder Beyurtheile, wenn sie einen streitigen Neben-Punkt, hingegen Haupturtheile (definitivae), wenn sie direct in der Hauptsache entscheiden. Die Nebenurtheile sind wieder schlechte (simplices), oder vermischte (mixtae), je nachdem sie nur auf den Nebenstreit allein Einflufs haben, oder durch Ent-

[1.] Pütter Anl. z. gerichtl. Prax. 1. Thl. S. 449. fgg. C. G. Günther v. d. Einricht. d. Hauptarchive, besonders in den D. Reichslanden. Altenb. 1785. Terlinden Anleit. zur Registratur - Expeditions - Canzley - und Sportelwissenschaft. 1796. Stufs v. Archiven Leipz. 1799 G. A. Bachmann über Archive. Amberg 1800. [2.] Claproth Grunds. v. Verfert. d. Relationen. Gött. 1789. C. E. Püttmann Referir- und Decretir-Kunst. Leipz. 1783. I. F. Kees Anweis. z. Extrahiren und Referiren der Gerichtsacten. Leipz. 1789. Pütter über die beste Art aus den Acten zu referiren. Gött. 1797.

scheidung desselben auch für die Hauptsache einen Nachtheil mit sich führen [1.]. Enthält ein Urtheil bloſs die Anwendung dessen, was aus dem Inhalt eines, für die Partheyen verbindlich gewordenen früheren folgt, so heiſst es ein Inhäsiv-Bescheid [2.].

§. 603.

a) Ladungen. Arten.

Unter den Bescheiden im Allgemeinen sind besonders die Ladungen (citatio) auszuzeichnen. Man versteht darunter jede Aufforderung des Richters an eine Parthey, eine gerichtliche Handlung vorzunehmen. Geschieht die Aufforderung in der Absicht, damit die Parthey eine, zur Ausführung des Rechtsstreites wesentliche Haupthandlung selbst vornehme, so nennt man sie eine arctatorische Ladung; geschieht sie hingegen zu dem Ende, damit die Parthey der Haupthandlung einer andern, welche, auch wenn die erste nicht erscheint, ausgeführt werden kann, zur Wahrnehmung ihrer etwanigen Gerechtsame beywohne, so heiſst sie eine monitorische. Benutzt der Geladene die letzte nicht, so ist ihm dieſs unschädlich, und die Handlung wird vorgenommen, als ob er gegenwärtig wäre [1.]. Folgt er hingegen der arctatorischen Ladung nicht, so muſs er die Kosten des vereitelten Termines immer tragen [2.], jedoch wird er nicht eher von der vorzunehmenden Handlung ausgeschlossen, als bis ihn der Richter zum dritten Mal geladen hat, Falls ihm nicht in der ersten Ladung eins für alles eine Zeit gesetzt ist [3.]. So lange eine arctatorische Ladung nicht präclusiv ist wird sie eine Dilatorische genannt. Folgt aber auf ihre Nichtbefolgung Ausschlieſsung von der Haupthandlung, so heiſst sie eine peremtorische [4.].

[1.] Hellfeld iurispr. for. §. 1784. 1785. Claproth ord. proc. §. 195. [2.] Ueber die Kunst, Urtheile zu fassen, s. überhaupt: C. F. Hommel deutscher Flavius, herausg. v. E. F. Klein 1. B. Bayr. 1800. Püttmann Referir- und Decretir-Kunst. Leipz. 1783. M. G. Vangerov Theorie der gerichtl. Decretir-Kunst. Hal. 1783. 8. Anleitung zur Referir- und Decretir-Kunst. Halberst. 1798.

[1.] Cap. 2. X. de testib. (2. 20.). [2.] L. 2. §. 1. si quis in ius voc. (2. 3.) cap. 7. X. de appell. (2. 28.) cap. 4. 5. 24. X. de offic. et. potest. iudic. deleg. (1. 29.). [3.] L. 55. §. 1. de re iudic. (42. 1.). [4.] Zum Theil abweichende, aus

§. 604.

Dazu gehört Competenz des Richters.

Damit die Ladung, (deren Unterlassung Ungültigkeit alles Folgenden, sofern nicht die Genehmigung den Mangel verbessert, nach sich zieht [1.]) ihre Wirkung äufsere, mufs zuvörderst der citirende Richter competent seyn. Ist er diefs nicht, so mufs er den competenten Richter um Entwerfung und Behändigung der Ladung (subsidiärische Ladung) ersuchen [2.].

§. 605.

Inhalt der Ladung.

Die Ladung mufs enthalten eine genaue Angabe des ladenden Richters, des Grundes warum, des Endzwecks zu welchem, den Namen dessen, an welchen, und dessen, für welchen sie erlassen ist, welchen letzten man den Extrahenten nennt; ferner, wenn es sich nicht von selbst versteht, die Benennung des Gerichtsortes, wo, und der Zeit, wann der Geladene erscheinen soll oder darf [1.]. Diese Zeitbestimmung kann doppelt geschehen, entweder so, dafs Jemand zum Erscheinen binnen einer Frist (dies ad quem), oder zum Erscheinen an einem bestimmten Tage nach einem Zeitraum (dies fixus) aufgefordert wird. Ist im letzten Fall der bestimmte Tag ein Feyertag, so ist die Ladung ungültig, und es mufs eine neue erlassen werden [2.]. Endigt sich hingegen in jenem Fall die Frist mit einem Feyertage, so wird dieser nicht mitgezählt, und die Frist noch einen Tag weiter hinausgeschoben [3.]. Die Mängel der Ladung, sofern sie blofs die Rechte der

der Lehre vom Ungehorsam zu widerlegende Begriffe über diese Arten der Ladung hat Gönner Handb. 1. B. n. 18. 2. B. n. 27. Vergl. unten §. 615.

[1.] Clem. 2. de V. S. (5. 11.) cap. 8. X. de maiorit. et obedient. (1. 34.) C. Wildvogel de citat. ad proc. non necessaria. Ien. 1713. Voet L. 2. T. 4. §. 66. Man darf aber nicht mit Leyser Sp. 469. m. 7. eine Genehmigung darin suchen, wenn der nicht geladene nicht appellirt. L. 1. §. 1. de fer. et dilat. (2. 12.). Müller Obs. 764. [2.] Boehmer princ. iur. can. §. 731.

[1.] Ueberh. Danz ord. Proc. §. 103—113. [2.] L. 1. L. 9. de fer. (2. 12.) L. 2. C. eod. (3. 12.) cap. 6. X. de dolo et contumac. (2. 14.). [3.] Boehmer I. E. P. L. 2. T. 9. §. 18.

Partheyen betreffen, heben sich jedoch dadurch, daſs die Partheyen freywillig derselben folgen [4.].

§. 606.

Insinuation derselben.

Die Bekanntmachung der Ladung, so wie überhaupt aller richterlichen Verfügungen muſs A.) innerhalb des Gerichtsbezirkes eines Unter- oder Obergerichts [1.] geschehen. Ist der Gerichtsuntergehörige in einem andern Gerichtsbezirk, so muſs der Richter desselben um Behändigung derselben (citatio mediata) gebeten werden [2.]. B.) Sie muſs in der Regel schriftlich geschehen, eilige Fälle, und wenn die Parthey im Gericht gegenwärtig ist, ausgenommen [3.]. Ferner muſs sie C.) durch eine Anzeige, ohne Gewalt bewirkt werden. Die letzte (citatio realis) ist nur im Fall der Widersetzlichkeit, des Verdachts der Flucht, und wo persönliche Gegenwart erforderlich ist, erlaubt [4.]. Auch muſs in der Regel D.) die Ladung durch eine Privat-Anzeige geschehen, welche zunächst an den Citanden, oder dessen Stellvertreter zu richten ist [5.]; subsidiarisch aber auch durch Behändigung der Ladung an Hausgenossen, oder einen Anschlag derselben an, oder in der Wohnung bewirkt werden kann [6.]. Eine öffentliche Ladung ist nur erlaubt, wenn der Citande verborgen, unbekannt, oder sonst unzugänglich ist [7.]. Endlich ist E.) die Ladung an einem schicklichen Ort, und zur gehörigen Zeit, also nicht an Feyertagen [8.], zu behändigen [9.]. Uebrigens ist es im Ganzen gleichgültig, durch wen die Behändigung geschah [10.]; nur ist es des Beweises wegen sichrer, sie durch beeidigte Gerichtspersonen besorgen zu lassen [11.].

[4.] Berger Elect. Tit. 10. Obs. 10. n. 3.

[1.] Carpzov L. 3. Resp. 23. [2.] Danz ord. Proc. §. 101. 102. [3.] Clemen. 2. de V. S. (5. 11.). [4.] Danz §. 96. [5.] Wernher P. 8. Obs. 302. Mevius P. 4. D. 337. P. 6. D. 302. Leyser Sp. 32. m. 1. [6.] L. 4. §. 5. de damno infecto (39. 2.). [7.] cap. 10. X. de dolo et contumacia (2. 14.) Clem. 1. de iudic. (2. 1.). Schott de citatione edictali in hered. absent. ob mort. praesumt. petit. Lips. 1771. Klügel de caussis citat. edictalis. Viteb. 1791. [8.] L. 11. C. de feriis (3. 12.) cap. 10. X. de feriis (2. 9.) Köchy Medit. 1. B. n. 28. [9.] Leyser Spec. 32. m. 3. [10.] Leyser Sp. 31. m. 4. 5. [11.] Claproth ord. Proc. §. 123.

Gewöhnlich wird dem, welcher die Ladung ausgewirkt hat, die Erlassung derselben notificirt [12.].

§. 607.

Wirkungen der Ladung.

Die Citation bewirkt eine gewisse Anhängigkeit der Sache (litis pendentia), welche ihre Wirkung darin äufsert A.) dafs der Procefs bey dem ladenden Gerichte, ungeachtet die Partheyen ihren Gerichtsstand ändern, fortgesetzt werden mufs [1.]. Sie bewirkt B.) dafs der Gegenstand des Rechtsstreits, als bestrittener (litigiosum), während des Verfahrens nicht geändert, oder veräufsert werden darf, jedoch nicht unbedingt. Es tritt nämlich von Seiten des Beklagten die Litigiosität zwar jetzt durch Citation, aber nur dann ein, wenn er durch eine Eigenthumsklage belangt ist [2.]; von Seiten des Klägers hingegen findet sie zwar überhaupt in Ansehung der angestellten Klage, aber erst nach der Einlassung (§. 54.) Statt [3.]. Auch kann der Richter, wenn die Realisirung des streitigen Rechts davon abhängig ist, durch provisorische Verfügungen vieles interimistisch in der Lage der Sache ändern [4.]. Ferner hat sie C.) die Prävention (§. 533.) zur Folge, und D.) Verlängerung (perpetuatio) der Gerichtsbarkeit [5.]. Endlich wird durch sie E.) die Verjährung unterbrochen [6.], und der Beklagte in Rücksicht des Fleisses in die Lage eines Besitzers im bösen Glauben gebracht [7.]. Alle diese Wirkungen der Citation fallen aber wieder weg, wenn der Extra-

[12.] Berger oecon. L. 4. Tit. 16. Th. 1. n. 3.

[1.] Clem. 2. ut lite pend. nihil innov. (2. 5.) cap. 19. X. de foro comp. (2. 2.). [2.] Nov. 112. cap. 1. Ueberh. Lauterbach Coll. L. 44. Tit. 6. Ueber den heutigen Gebrauch: Winkler de litis contest. Sect. 3. §. 5. Höpfner Comment. §. 867. [3.] Tit. P. de litigios. (44. 6.) Tit. C. eod. (8. 37.). [4.] Gönner Handb. 4. B. n. 53. [5.] cap. 20. X. de offic. et potest. iud. deleg. (1. 29.). [6.] L. 3. 4. C. de praescr. 30. vel 40. ann. (6. 39.) vergl. mit Berger Oec. L. 4. T. 14. Th. 3. not. 3 Winkler l. c. Sect. 3. §. 3. [7.] L. 45. de R. V. (6. 1.) L. 19. §. 1. L. 25. §. 7. L. 31. §. 3. L. 40. de her. pet. (5. 3.) L. 35. de usur. (22. 1.) L. 2. C. de fruct. et lit. expens. (7. 51.) Winkler l. c. S. 2. §. 8. S. 3. §. 8. Emminghaus ad Cocceii L. 6. T. 1. q. 11. not. o. Gönner Handb. 2. B. n. 31.

hent und der Citirte nicht erscheinen [8.], oder der letzte sich den Ungehorsam seines Gegners gefallen läfst [9.].

§. 608.

b.) Urtheile. Die eigentlichen Urtheile (§. 602.) können nicht eher erlassen werden, als bis die Sache zur Entscheidung reif, d. h. bis dahin verhandelt ist, dafs der Richter von dem eigentlichen Streit-Punkt, und den Rechten der Partheyen unterrichtet ist. Dann folgt, auch ohne die gewöhnliche Submission zum Urthel, der Beschlufs des Verfahrens (caussae conclusio) von Amtswegen [1.]. Das Urtheil mufs sodann, wie die Ladung, alles genau bezeichnen, alle zur Entscheidung reifen Punkte nach den Acten entscheiden [2.], in der Regel schriftlich entworfen werden [3.] und sich lediglich nach der angebrachten Klage richten [4.]. Es darf daher, mit Ausnahme des Kosten-Punkts, und der Fälle, da der Kläger zugleich Beklagter ist [5.], den Kläger nicht verurtheilen, sondern nur entweder denselben abweisen, oder wider den Beklagten erkennen [6.], auch den letzten nicht unter hinzugefügten Bedingungen verurtheilen [7.]. Hierauf mufs zur Eröffnung (publicatio), nach vorgängiger Ladung der Interessenten, diese mögen dann erscheinen oder nicht (publicatio in contumaciam), geschritten, und dieser Act gehörig protocollirt [8.], oder allenfalls das Erkenntnifs in vim publicati den Partheyen zugefertigt werden [9.].

[8.] C. Wildvogel de termino circumducto. Ien. 1709.
[9.] Wildvogel l. c. §. 14. Mevius P. 2. Dec. 67. Danz ord. Proc. §. 39. not. n.

[1.] Auth. iubemus C. de iudic. (3. 1.). G. A. Struv de concl. in caussa. Jen. 1675. Leyser Sp. 466. Gönner jur. Abh. 2. B. n. 23. [2.] Leyser Spec. 468. [3.] L. 2. 3. C. de sentent. ex peric. recit. (7. 44.). Auth. nisi breves C. eod. [4.] L. 18. commun. divid. (10. 3.). [5.] L. 1. finium regund. (10. 1.) L. 22. §. 4. fam. hercisc. (10. 2.). [6.] L. 1. de re indic. (42. 1.) L. 3. C. de sentent. (7. 45.). [7.] L. 1. §. 5. quando appell. (49. 4.) L. 37. de excus. tut. (27. 1.). Wildvogel de sentent. conditionali. Claproth ord. Proc. §. 208. [8.] L. 69. de iudic. (5. 1.) L. 47. de re iudic. (42. 1.). Leyser Sp. 499. [9.] Gönner jur. Abh. 2. B. n. 17.

§. 609.

6.) Unterwerfung unter die collegialische Verfassung.

Wo eine collegialische Verfassung ist, darf kein einzelner ohne Erlaubnifs etwas verfügen, und alles mufs durch die Majorität bestimmt werden [1.]. Bey eigentlichen Urtheilen verlangt man aber jetzt, im Fall der Uneinigkeit, zum Ueberstimmen, dafs die Pluralität der sämmtlichen Votirenden in ihrem Spruch harmonire, und diese Harmonie (den Fall der Ungleichheit in Summen abgerechnet) nicht erst durch Abstraction herausgebracht werde [2.]. Ueberwiegen sich ungleiche Stimmen nicht, so gehen die vor, welche für die begünstigte Sache, nämlich für die Ehe, Freyheit, Brautgabe, Erhaltung eines Testaments, und wider den Fiscus erkannt haben [3.]. Ist von diesem Princip keine Anwendung zu machen, so überwiegt das Urtheil der Parthey, welche für den Beklagten sprach. In Abgange aller dieser Hülfsmittel bleibt nichts übrig, als dem Regenten, oder Spruch-Collegien die Entscheidung zu überlassen. Häufig, aber nicht nach gemeinem Recht, hat der Präsident ein Decisiv-Votum.

§. 610.

7.) Pflichten des Commissars insbesondere.

In Betreff des Verfahrens eines Commissars (§. 529.) sind insbesondere noch folgende Regeln wichtig: A.) der Commissar mufs, wenn stillschweigende Uebereinkunft den Mangel nicht ergänzt [1.], das Verfahren mit Vorlegung seines Auftragsschreibens (commissoriale) eröffnen [2.], und seinen eignen Namen in die Ladung setzen [3.]. Weiterhin handelt er im Zweifel natürlich nach

[1.] L. 36. L. 39. de re iudic. (42. 1.). [2.] Vergl. L. 38. eod. cap. 48. de electione (1. 6.) mit Cocceii L. 4. T. 8. qu. 4; Struben 3. B. 71. Bed. Bülow u. Hagemann Erört. 2. B. n. 20. [3.] L. 38. de re iudic. (42. 1.) L. 10. de inoff. test. (5. 2.) L. 10. de iure fisci (49. 14.) cap. 26. X. de sentent. et re iudic. (2. 27.). [4.] L. 38. de re iudic. (42. 1.).

[1.] Müller ad Leyser Obs. 123. Ueberh. Ruland tract. de commissar et commission. Frkf. 1664. Gönner Handb. 4. B. n. 50. [2.] Cap. 22. X. de rescript. (1. 3.) cap. 53. X. de offic. et potest. iud. deleg. (1. 29.). [3.] Cap. 2. X. de

gewöhnlichen Grundsätzen des Processes [4.]. B.) Sein Vollstreckungsrecht dehnt sich über das ganze Gebiet seines Constituenten aus [5.]. C.) Obgleich der Commissar, accessorisch eingreifende Geschäfte abgerechnet [6.], streng bey seinem Auftrage bleiben muſs [7.], so kann und muſs er dennoch stets die bey ihm angebrachte Widerklage annehmen [8.]. Da endlich D.) die Cabinets-Justiz jetzt wegfällt (§. 529.), so wird nun nicht mehr [9.] von dem Urtheil des Commissars an den Deleganten, sondern von kaiserlichen Commissionen an die Reichsgerichte, und von Landesherrlichen an die höchsten Territorial-Gerichte appellirt [10.]. Eben der Gang ist zu wählen, wenn der Commissar seine ganze Gerichtsbarkeit einem andern übertragen hat, und von dem Urtheil dieses Subdelegaten appellirt werden soll, während die Appellation (freylich gegen allgemeine Grundsätze über die iurisdictio mandata §. 528. a. E.) an den Commissar selbst geht, wenn er den Subdelegaten für einzelne Geschäfte bestellte [11.]. Sind ferner E.) mehrere Commissare ernannt, so müssen sie verfahren, wie nach §. 572. mehrere Procuratoren [12.], und, wenn nach §. 609. eine Disharmonie Statt findet, dem Deleganten, oder jetzt vielmehr dem höchsten Gericht, oder Spruch-Collegien, die Entscheidung überlassen [13.].

§. 611.

8.) Verantwortlichkeit des Richters.

Handelt der Richter seinen Pflichten selbst zuwider, oder leidet er, daſs Subalternen des Gerichts Fehler begehen [1.], so ist er geradezu dafür verantwortlich; doch darf das unschuldige Mitglied eines Collegii wegen der Versehen des letzten nicht in Anspruch genommen werden [2.]. Die

dilat. (2. 8.). Gail L. 1. Obs. 48. [4.] Cap. 13. X. de offic. et potest. iud. deleg. (1. 29.). [5.] Wernher P. 1. Obs. 233. [6.] Cap. 5. X. l. c. Müller Obs. 125. [7.] Cap. 32. 37. X. l. c. [8.] Cap. 1. X. de mut. petit. (4. 2.). Zum Theil a. M. ist Leyser Sp. 123. m. 3. Allein s. Müller Obs. 279. [9.) Anders nach cap. 11. X. de offic. et potest. iud. deleg. (1. 29.). [11.) Claproth ord. Proc. §. 58. [11.] Cap. 27. §. 2. X. eod. cap. 3. 7. 10. 14. de officio et potest. iud. deleg. in 6. (1. 14.). A. M. ist Gönner jur. Abh. 2. B. n. 40. [12.] Cap. 13. X. de rescript. (1. 3.) cap. 7. 21. 26. 28. X. de offic. et potest. iud. deleg. (1. 29.). [13.] Cap. 26. X. de sentent. et re iudic. (2. 27.).

[1.] Struben 2. B. 85. Bed. [2.] Leyser V. XI. Sp. 680.

verletzte Parthey hat aber gegen den Richter mehrere Rechtsmittel. Handelte er A.) arglistig, oder culpa lata, so findet a.) die Syndicats-Klage (actio ex syndicatu, in factum, male iudicati) gegen ihn, wie gegen einen Verbrecher Statt [3.]. Sodann kann auch b.) nicht blofs die verletzte Parthey, sondern jeder andre [4.] nachher bey vorkommenden Fällen verlangen, dafs die arglistig von dem Richter aufgestellten widerrechtlichen Bestimmungen gegen denselben und dessen Erben [5.], und den, welcher sie arglistig auswirkte, zur Anwendung gebracht werden [6.]. Die heutige Gültigkeit dieser letzten, so vielfältig mifsbrauchten [7.] Vorschrift ist aber jetzt sehr streitig [8.]. Beging dagegen B.) der Richter ein geringes Versehen, so würde er nach der Strenge (§. 233. not. 8.) gar nicht verantwortlich seyn. Allein später haben selbst die Römer auch in diesem Fall eben so eine actio in factum gestattet, als ob er wirklich streng juristisch ein Verbrechen begangen hätte [9.]. Nach Grundsätzen der Römer (§. 293.) kann die actio in factum in diesem und jenem Fall nur gegen die bereicherten Erben angestellt werden [10.], welches aber jetzt wegfällt [11.].

§. 612.

II.) Rechte des Richters.

Der Richter ist dagegen aber auch **berechtigt**, sein Ansehn durch dienliche und erlaubte Zwangsmittel und Strafen zu schützen [1.]. Hieher gehört die, jetzt freylich nicht mehr gebräuchliche, actio de albo corrupto [2.]. Er ist daher auch befugt, eine, ihm als Richter zugefügte Beleidigung

m. 18. fgg. [3.] L. 15. §. 1. de iudic. (5. 1.) L. 2. C. de poena iudic. male iudic. (7. 49.). Schmidt v. Kl. u. Einr. nach Webers Ausg. §. 1295—99. [4.] L. 3. §. 2. quod quisque iuris (2. 2.). [5.] L. 3. §. 5. eod. Der Grund ist hier streitig. Cuiac. recit. solenn. ad L. 3. cit. Noodt Comm. L. 2. Tit. 2. Voet eod. §. 1. [6.] L. 1. pr. §. 2. L. 2. L. 3. pr. eod. L. 7. C. de resc. vend. (4. 44.). [7.] S. z. B. Cocceii L. 2. T. 2. qu. 2. Leyser Sp. 30. m. 3. [8.] Vergl. Cocceii L. 2. T. 2. qu. 1. Müller ad Leyser Obs. 128. Glück Comm. §. 211. [9.] pr. I. de obl. quae quas. ex del. (4. 5.). [10.] L. 16. de iudic. (5. 1.). [11.] Leyser L. c. m. 42.

[1.] L. ult. de offic. eius cui mand. est iurisd. (1. 21.) cap. 1. 11. X. de offic. et potest. iudic. delegat. (1. 29.). [2.] L. 7. de

zu ahnden [3.], und über seine, ihm angefochtene Competenz zu urtheilen, sofern ihm nur der Umfang seiner Gerichtsbarkeit, nicht aber die Gerichtsbarkeit selbst von einer Parthey streitig gemacht wird [4.].

Zweyter Titel.

Pflichten und Rechte der Partheyen und dritter Personen in Beziehung auf Rechtsstreitigkeiten im Allgemeinen.

§. 613.

I.) Pflichten und Rechte in Beziehung auf künftige Processe.

Die Rechte und Pflichten der streitenden Theile und dritter Personen sind mehrfach, und beziehen sich theils auf einen künftigen, theils auf einen schon angefangenen Rechtsstreit. In Ansehung des ersten Gesichtspunkts ist der Inhalt eines proconsularischen Edicts vorzüglich merkwürdig, welchem zufolge jeder durch eine actio in factum auf das Interesse belangt werden kann, welcher das Eigenthum, oder den Besitz einer Sache in der arglistigen Absicht auf einen andern übertragen hat (alienatio iudicii mutandi caussa facta), um dem Kläger seine Rechtsverfolgung zu erschweren, oder unmöglich zu machen [1.]; dieser mochte nun eine dingliche Klage, oder eine actio in rem scripta (§. 51.) anstellen wollen [2.]. Cedirt Jemand seine Klagen arglistig, um dem künftigen Beklagten dadurch zu schaden, so kann der letzte dem Cessionar die Einrede der arglistigen Abtretung entgegensetzen [3.]. Auch darf der, welcher arglistig seinen Antheil an einer gemeinschaftlichen Sache abtrat, die, nach Aufhebung der Gemeinschaft wegen der Früchte sonst Statt findenden actiones utiles vermöge einer gewissen L. Licinnia nicht anstellen [4.]. Späterhin nahm man bey den Römern noch weiter die Bestimmung an, daſs jeder, welcher arglistig den Besitz aufgebe, um sich der rei vindicatio zu

iurisd. (2. 1.), Stryk L. 2. T. 1. §. 31. [3.] Weber v. Injur. u. Schmähschr. 3. Abth. S. 233. not. 38. [4.] Cocceii L. 2. T. 5. qu. 8. Danz ord. Proc. §. 25.

[1.] L. 1. §. 1. L. 2. L. 3. §. 1. 2. 3. L. 4. §. 2. de alienat. iudic. mut. causs. (4. 7.). [2.] L. 3. §. 2. 3. eod. [3.] L. 11. 12. eod. Cuiac. Obs. L. 10. c. 3. Noodt Comm. L. 4. T. 7. in f. [4.] L. ult. pr. eod. vergl. mit L. 11. commun.

entziehen, durch eine r. v. utilis zur Strafe als fingirter Besitzer solle belangt werden können [5.]. Will sich derselbe auf diese Klage einlassen, so fällt die proconsularische actio in factum gegen ihn weg [6.]; doch ist offenbar die letzte, nach Einführung jener Klage, weder als entbehrlich, noch als unnütz anzusehen [7.].

§. 614.

II.) Pflichten der Partheyen während des Processes. 1.) Gehorsam.

Die Pflichten der Partheyen während des Processes sind theils positiv, theils negativ. Zu jenen gehört zuvörderst die allgemeine Verbindlichkeit, allen rechtmäſsigen richterlichen Auflagen Folge zu leisten. Ist die Incompetenz des Richters offenbar, so brauchen die streitenden Theile ihm nicht zu folgen [1.], wohl aber, bis zur ausgemachten Sache, wenn sie zweifelhaft ist [2.], es sey denn, daſs mehrere Gerichte sich ihre Competenz bestritten, in welchem Fall unläugbar die Verbindlichkeiten der Partheyen einstweilen aufgehoben werden [3.].

§. 615.

2.) Zeitige Befolgung. Fristen, Ungehorsam, Dilationen.

Eine fernere Pflicht der Partheyen ist, alle, sich auf den angefangenen Rechtsstreit beziehenden Handlungen binnen der gesetzten Frist (dilatio), oder an dem bestimmten Tage (terminus, Tagefahrt) vorzunehmen. Ein solcher Zeitpunkt kann gesetzt seyn entweder durch Vertrag (terminus conventionalis), oder den Richter (t. iudicialis), oder das Gesetz (t. legalis). Im letzten Fall muſs bald der Richter die gesetzliche Frist erst in einem Bescheide den Partheyen ankündigen (terminus legalis secundum quid), bald läuft sie sofort, als ein ge-

divid. (10. 3.). Faber rational. ad L. ult. cit. [5.] L. 20. §. 6. de hered. petit. (5. 3.) L. 27. §. 3. de R. V. (6. 1.). [6.] L. 3. §. 5. L. 8. §. 4. L. 10. pr. de alienat. iudic. mut. causs. (4. 7.). [7.] A. M. sind Titius ius priv. L. 12. c. 4. §. 11. Hommel Rhaps. Obs. 683. Allein s. Noodt Comm. L. 4. T. 7. in f. Cocceii eod. qu. 1. Müller ad Struv eod. §. 93. a. E. Boehmer de act. Sect. 2. c. 11. §. 41.

[1.] L. ult. de iurisd. (2. 1.) L. 53. §. ult. de re iudic. (42. 1.). [2.] L. 20. de iurisd. (2. 1.) cap. 7. X. de appellat. (2. 28.). Cocceii L. 2. Tit. 5 qu. 1. [3.] Hommel Rhaps. Obs. 697.

wisses Factum existirt (t. legalis absolute talis). Der Ablauf aller dieser Fristen geschieht natürlich in der Regel, sobald sie vollendet sind (terminus fatalis); doch gibt es gewisse Fälle, da Fristen keine Fatalien sind, d. h. da sie erst dann für vollendet gehalten werden, wenn der Gegner darauf angetragen hat (Ungehorsamsanklage), dafs der, dem die Frist gesetzt ist, für einen Nachlässigen erklärt werde (terminus non fatalis). Diefs letzte findet dann in der Regel Statt, wenn Jemand eine, zur Fortsetzung des Rechtsstreits wesentliche Handlung vorzunehmen hat [1.]. Diese Verabsäumung einer Haupthandlung, wozu man verbunden ist, heifst Ungehorsam. Die Folgen desselben bestehen zunächst, aber auch immer, darin, dafs der Ungehorsame die Kosten des Termines tragen mufs (poena contumaciae generalis), seine Absicht, nicht Folge leisten zu wollen, sey nun offenbar (contumacia vera), oder sie werde blofs aus seinem Nichterscheinen geschlossen (contumacia praesumta) [2.]. Ist aber Jemand zugleich arctatorisch und peremtorisch (§. 603.) geladen, so wird er von der Haupthandlung selbst ausgeschlossen [3.]; der Richter kann ihm sonst die Justiz verweigern [4.], ihn nach Umständen mit einer öffentlichen Strafe belegen [5.]; auch darf er sich über ein, gegen ihn als Ungehorsamen abgegebenes Erkenntnifs nicht bey dem Oberrichter beschweren [6.]. Alle diese Strafen können jedoch abgewandt werden, wenn der, dem ein arctatorischer Termin gesetzt ist, vor Ablauf desselben sich eine Frister-

[1.] L. 13. §. 2. C. de iudic. (3. 1.). Boehmer princ. iur. can. §. 746. Claproth ord. Proc. §. 126. 127. [2.] L. 13. §. 2. C. l. c. Hofacker T. 3. §. 4413. Ist Jemand nicht verpflichtet, sondern nur berechtigt zu erscheinen (§. 603.), so kann ihn eben darum, wenn er nicht erscheint, keine Strafe treffen. Eine ganz abweichende Theorie hat Gönner Handb. 1. B. n. 18. S. dagegen C. R. T. Martin prol. de indole contumaciae in caussis civil. contensiosis. Goett. 1792. Ist übrigens der Gegner selbst Ursache des Ungehorsams, so steht ihm die exceptio doli entgegen. Tit. P. de eo per quem. fact. erit (2. 10.). Auch kann natürlich der, welcher selbst ungehorsam ist, seinen Gegner nicht des Ungehorsams anklagen. L. 73. §. 1. de iudic. (5. 1.). [3.] Die Folgen dieser Präclusion sind verschieden, und müssen gelegentlich einzeln angegeben werden. [4.] L. 26. §. 6. ex quib. causs. maior. (4. 6.) cap. 1. X. de dolo et contumacia. (2. 4.) Tabor ad Meyer Colleg. Argent. L. 2. T. 11. §. 13. [5.] I. R. A. §. 37. Danz ord. Proc. §. 456. [6.] L. 73. §. 3. de iudic.

streckung (prorogatio) auswirkt [7.]. Diese kann, wo es die Gesetze nicht namentlich verbieten, sowohl durch eine freye Uebereinkunft der Partheyen, als den Richter ertheilt werden, die gesetzte Frist sey eine rein richterliche, oder eine relativ, oder absolut gesetzliche [8.]. Selbst mehrmals finden diese Fristerstreckungen Statt, nur muſs, wenn sie der Richter ertheilen soll, bey dem zweyten (nicht erst bey dem dritten Fristgesuch) der Supplicant seine Hindernisse bescheinigen und eydlich bewahrheiten [9.]. Die neue Frist, welche, wenn das Gesuch die gehörige Form hat, auch durch Stillschweigen des Gerichts ertheilt werden kann [10.], läuft dann von dem Tage nach Insinuation des Decrets [11.], welches aber als ungültig zu behandeln ist, wenn es wirklich absichtlich durch falsche Gründe erschlichen ward [12.].

§. 616.

3.) Auslage, und Erstattung der Kosten.

Ferner ist jede Parthey verpflichtet, die durch ihr Suchen veranlaſsten, oder sonst auf ihren Theil fallenden Gerichtskosten zu bezahlen, auch die übrigen erforderlichen Unkosten zu tragen, falls nicht der Gegner aus besondern Gründen zum einstweiligen Vorschuſs verpflichtet [1.], oder einer Parthey, sofern sie ihre Armuth erweist und beschwört, eine unentgeltliche Justiz-Pflege zu gestatten seyn sollte [2.]. Die gesammten aufgewandten Unkosten müssen aber am Ende des Verfahrens, bis wohin im Urtheil der Kostenpunkt auszusetzen ist [3.], dem

(5. 1.) L. 13. §. 4. C. eod. (3. 1.). [7.] Nach Ablauf der Frist kann natürlich nur restitutio in integrum gebeten werden. [8.] L. 7. de fer. et delat. (2. 12.) L. 1. C. eod. (3. 11.) L. 4. §. 5. de re iudic. (42. 1.). Voet L. 2. T. 12. §. 11. Andre Ideen haben Boehmer ius D. L. 2. T. 12. §. 7. Glück Comm. §. 266. [9.] L. ult. de fer. (2. 12.) L. 1. C. de dilat. (3. 11.). I. R. A. §. 103. Glück §. 268. [10.] Gönner jur. Abh. 2. B. n. 38. [11.] C. G. Knorre de recto dilat. usu. Hal. 1739. §. 24. [12.] So ist Berger elect. disc. for. Tit. 20. Obs. 4. mit Wernher lect. comm. L. 2. T. 12. §. 10. zu vereinigen.

[1.]. L. 27. §. 3. de inoff. test. (5. 2.) L. 7. C. de ord. cogn. (7. 19.) cap. 11. X. de accus. (5. 1.). I. F. Ludovici de expens. lit. actori a reo subministrand. Hal. 1712. Leyser Sp. 87. m. 1. [2.] Schaumburg princ. prax. L. 1. S. 2. c. 3. [3.] C. Martin de iusto suspendendo iudicio de expensis.

Sieger erstattet werden [4.]: doch werden sie demselben allein zur Last gelegt, wenn er ungehorsam war [5.], gegen einander verglichen hingegen, wenn dem verlierenden Theil keine arglistige, oder leichtsinnige Streitsucht vorgeworfen werden kann [6.]. Die Kostenerstattung kann auch von den Erben gefordert werden, wenn sie blofs Entschädigung bezweckt; wenn hingegen die Kosten (im Fall des, dem Gegner keine besonderen Kosten verursachenden Ungehorsams) blofs zur Strafe zu erlegen sind, so mufs der Erblasser verurtheilt gewesen seyn [7.].

§. 617.

4.) Besondre Verpflichtung wegen einer Chikane.

Wer zur Chikane reitzt, oder sich etwas geben läfst, damit er nicht chikanire, wird noch besonders gestraft. Man unterscheide hier folgende Fälle: 1.) A. gibt B. etwas, damit er C chikanire. Dann kann C von B stets das Empfangene, und innerhalb eines Jahres durch die actio in factum de calumniatoribus das Vierfache fordern, den A. hingegen als Injurianten belangen [1.]. 2.) A. gibt B. etwas, damit er C. nicht chikanire. Dann kann A. das Gegebene zurück-, und C. von B. innerhalb eines Jahres das Vierfache als reine Strafe fordern [2.]. 3.) C. gibt B. etwas, damit er ihn selbst nicht chikanire. Dann kann C. stets das Gegebene, und noch dazu innerhalb eines Jahres actione in factum das Dreyfache, oder durch die letzte Klage allein das Vierfache fordern [3.]. Für den heutigen Gebrauch dieser Strafen streiten manche [4.]. In peinlichen Sachen wird der Chikaneur nach den Ge-

Goett. 1796. [4.] Visit. Absch. v. 1713. §. 82. [5.] L. 13. §. 2. C. de iudic. (3. 1.). [6.] L. 7. §. 1. de hered. pet. (5. 3.) §. 1. I. de poen. tem. litig. (4. 16.) L. 78. §. 2. de leg. II. (31.) L. 5. §. 1. C. de fruct. et lit. expens. (7. 51.) L. 6. C. de admin. tutor. (5. 37.) cap. 2. 5. X. de dolo et contum. (2. 14.) cap. 10. X. de poen. (5. 37.). Hennemann Beytr. z. d. Rechtstheorie v. Erstatt. d. Proc. Kosten. 1789. I. F. G. Emmrich über die Procefs-Kosten, deren Erstattung und Compensation. Gött. 1791. 1792. 2. B. 8. A. M. ist A. D. Weber über die Proc. Kost. 1798. Vergl. auch I. v. Schmidt gen. Phiseldeck Beytr. z. d. Lehre v. den Proc. Kost. 1793. [7.] Glücks Comm. §. 255. a. E.

[1.] L. 1. pr. de calumn. (3. 6.). [2.] L. 1. pr. L. 7. pr. eod. [3.] L. 5. §. 1. eod. [4.] Glück Comment. §. 430. not. 86.

setzen noch viel härter gestraft [5.]. Auch ist hier noch wieder die oben (§. 611.) angeführte Strafe zu erwähnen, welche das Auswirken widerrechtlicher Urtheile nach sich zieht.

§. 618.

5.) Besondere Verpflichtung bey Ausführung der Sache A.) Ueberhaupt.

Bey Darstellung der Sache ist es überhaupt in jedem Rechtsstreit Pflicht der Partheyen, sich einer anständigen, nicht beleidigenden [1.], dem hergebrachten Formular gemäſsen Sprache und Darstellung zu bedienen, und das, was zu ihren Forderungen und ihrer Vertheidigung dient, gehörig zu deduciren. In Beziehung auf die Handlungen beyder streitenden Theile ist hier das Verbot des articulirten Verfahrens durch den ganzen Proceſs [2.] vorzüglich merkwürdig, Kraft dessen jeder Theil die entscheidenden Thatumstände in einem gedrängten, zusammenhängenden Styl darstellen, nicht aber in eine Reihe zerrissener Artikel auflösen soll [3.]. — Die Deduction selbst muſs enthalten die Darstellung der streitigen Forderungen, und den Beweis der sie begründenden Thatumstände. Jene beginnt mit der Klage.

§. 619.

B.) Insbesondere. AA.) Klage.

Der eigentliche Hauptgegenstand einer Klage [1.] ist die Forderung des Klägers (petitum), welche theils auf das, was geleistet werden soll, theils, es sey ausdrücklich, oder stillschweigend, auf die Art der Rechtsverfolgung geht. Diese Forderung muſs aber so bestimmt aufgestellt werden, daſs eine Verurtheilung möglich ist, wodurch jedoch im Fall generischer, illiquider Ansprüche ein generelles Gesuch nicht ausgeschlossen ist [2.]; auch darf

[5.] L. 10. C. de Decurion. (10. 31.) L. 7. C. de Leg. Iul. de vi (9. 12.). Boehmer med. ad CCC. Art. 12. §. 6.

[1.] Weber v. Injur. 3. Abth. S. 129. fgg. [2.] I. R. A. §. 34. 46. Gönner Handb. d. Proc. 1. B. n. 3. [3.] Vergl. auch Leyser Sp. 36. m. 1. Danz ord. Proc. §. 64. Müller ad Leyser Obs. 140.

[1.] S. hier überh. Gönner Handb. 2. B. n. 30. [2.] L. 7. si pars hered. pet. (5. 4.) L. 6. L. 76. §. 1. de R. V. (6. 1.)

der Kläger nicht mehr fordern, als ihm gebührt. Die Strafe des Zuvielforderns besteht nach den Gesetzen darin, dafs wenn zu frühzeitig (plus tempore) gebeten ist, die Zahlungstermine verdoppelt werden, und vom Kläger die Kosten des ersten Verfahrens zu erstatten sind, in den übrigen Fällen aber in dreyfachem Schadensersatz [3.]; doch wird, wenn vor Existenz einer Bedingung geklagt ist, der Beklagte verurtheilt, sofern die Bedingung nur zur Zeit des Endurtheils existirt [4.] Eine Art des Zuvielforderns ist es auch, wenn alternativ geklagt wird, wo der Beklagte nur einfach verpflichtet ist, gesetzt dieser sollte hier auch die Befugnifs haben, etwas anderes zu geben [5.], so wie, wenn nicht alternativ geklagt wird, wo der Beklagte ein Wahlrecht (§. 67.) hat [6.]; doch wird im letzten Fall, wenn die alternative Verbindlichkeit actenkundig ist, der Libell von Amtswegen aufrecht erhalten [7.]. Uebrigens ist der, welcher zu viel fordert, nach der Praxis nur zur simpeln Entschädigung verpflichtet [8.].

§. 620.

Inhalt der Klage.

Da Verbindlichkeiten nur durch factische Umstände wirklich, und durch Gesetze begründet werden (§. 113.): so kann eine Forderung nur insofern gerichtlich Eingang finden, als sie durch die gehörigen Umstände als gerecht dargestellt wird. Die Klage mufs also ferner enthalten die Angabe der, die Forderung begründenden Thatumstände (fundamentum agendi), welche, historisch eingekleidet, die Geschichtserzählung genannt werden; und endlich, wenigstens da, wo der Kläger sich auf ein, nicht publicirtes geschriebenes Recht gründet, den Beweis, dafs das Gesetz unter diesen Umständen diese Forderung begründe (deductio, iuris expositio), wiewohl diese Deduction auch in den Fällen stets erlaubt, und oft räthlich ist, wo die Rechtskenntnifs vom Richter vermuthet werden kann [1.]. Die Geschichtserzählung darf nie etwas irrelevan-

L. 24. de R. I. (50. 17.). [3.] §. 33. I. de act. (4. 6.) §. 10. I. de except. (4. 13.). [4.] L. 16. pr. de hered. petit. (5. 3.). [5.] S. z. B. oben §. 180. [6.] I. H. Boehmer de libell. altern. (Exerc. T. 2.). [7.] Leyser Sp. 37. m. 2. Müller Obs. 141. [8.] Müller Obs. 145.

[1.] R. A. v. 1645. §. 96.

tes enthalten, auch in der Regel keine Widerlegung muthmaſslicher Einwendungen, wenn diese nicht zur Begründung der Klage dienen [2.]. Dagegen aber müssen die entscheidenden Thatumstände so bestimmt angegeben werden, daſs dem Gegner eine entscheidende Vertheidigung möglich ist. Bey persönlichen Klagen ist es nicht hinreichend, im allgemeinen die Forderung als eine persönliche anzugeben, sondern es muſs dabey bestimmt das, sie begründende Geschäft oder Factum (caussa remota) angeführt werden; bey dinglichen genügt bloſs die bestimmte Behauptung des Rechts, wiewohl, um mehrmals klagen zu können, die Angabe des speciellen Erwerbungsgrundes räthlich werden kann [3.].

§. 621.

Cumulation der Klagen.

In der Regel kann nur Ein Theil, wenn er nicht mit andern als Streitgenosse eine gemeinschaftliche Sache hat, in einem Klagschreiben seine Rechte gegen Eine Person verfolgen; doch ist es ihm dann erlaubt, mehrere Klagen gegen denselben Beklagten mit einander zu verbinden, wenn sich diese Klagen in ihrem Wesen und der Form der Rechtsverfolgung nicht widerstreiten. Man nennt dieſs Cumulation der Klagen [1.].

§. 622.

BB.) Antwort des Beklagten.

Die Vertheidigung des Beklagten kann entweder bloſs die Art der Rechtsverfolgung betreffen, in welchem Fall man sie eine verzögerliche Einrede nennt (§. 54.), oder die Sache selbst. Im letzten Fall sucht er entweder direct, oder indirect die Klage zu vernichten. Das erste kann geschehen durch Leugnen der Wahrheit der, die Klage begründenden Thatumstände, welchem auch der Fall gleich ist, wenn der Beklagte gewisse, vom Kläger nicht

[2.] Berger oecon. iur. L. 4. T. 15. §. 2. 3. Fritzsch de replica libello inserenda. Lips. 1736. [3.] L. 11. §. 2. L. 14. §. 2. de except. rei iudic. (44. 2.). Abweichend sind Gönner Handb. 2. B. n. 30. §. 4. Wernher lect. c. L. 2. T. 13. §. 10.

[1.] S. überh. Schmidt Lehrb. v. d. Klagen und Einreden §. 59—63. 106—112. Danz ord. Proc. §. 81—86.

angeführte, aber zur Anstellung der Klage wesentliche Thatumstände leugnet [1.], oder durch Leugnen der rechtlichen Wahrheit der Deduction. Jenes ist die verneinende Einlassung (§. 54.), dieses kann man Gegen-Deduction nennen. Die indirecte Vertheidigung durch zerstörliche Einreden (§.54.) ist wieder zwiefach. Der Beklagte führt nämlich entweder den factischen Grund der Klage entkräftende neue Thatumstände für sich an, oder den rechtlichen Grund entkräftende billige Rechtsgrundsätze. Jenes nennt man zerstörliche Einreden der Thathandlung (exc. facti s. intentionis), dieses Einreden des Rechts (exc. iuris, exceptio s. str.). Die zerstörlichen Einreden der Thathandlung werden dann verneinende genannt, wenn ein, zwar nicht an sich zur Anstellung, aber doch, wenn es verlangt wird, zur Durchsetzung der Klage erforderliches Factum durch sie geleugnet wird [2.]. In Ansehung aller Einreden ist noch die Bemerkung wichtig, daſs der Richter, wenn nicht bestimmt der Grund derselben angegeben ist (exceptiones generales), keine Rücksicht auf sie nimmt [3.].

§. 623.

Arten der Einlassung.

Der Beklagte kann mit der indirecten Vertheidigung die directe verbinden, oder nicht. Geschieht das letzte, so schweigt er entweder, oder er gibt direct den Grund der Klage zu. Das Einräumen des factischen Grundes wird bejahende Einlassung (litis contestatio affirmativa) genannt; vermischte Einlassung (mixta) hingegen, wenn der factische Grund nur zum Theil eingeräumet, zum Theil geleugnet wird. Wer schweigt, und bloſs peremtorische Einreden einwendet, darf aber deswegen nie behandelt werden, als ob er den Grund der Klage zugestanden hätte, selbst dann nicht, wenn in der Einrede implicite ein Bejahen liegen sollte [1.].

[1.] Gönner jurist. Abh. 2. B. n. 14. [2.] Danz ord. Proc. §. 155. 157. 158. vergl. mit Gönner a. a. O. [3.] Wernher P. 4. Obs. 52. Wehrn v. Einred. §. 23.

[1.] cap. 6. X. de except. (2. 25.) cap. 3. de R. I. in 6. (Lib. 5.) Webers Beytr. z. d. Lehre v. d. Klagen u. Einr. 2. u. 3. St. n. 17. Zum Theil a. M. ist Struben 4. B. 12. Bed. ganz abweichend Gönner Handb. 1. B. n. 19.

§. 624.

Folgen des Leugnens.

Wie sich der Beklagte vertheidigen will, hängt im Ganzen von dessen Willkühr ab. Der Rath der Praktiker: si fecisti nega ist jedoch oft gefährlich, da muthwilliges Leugnen, aufser der Verpflichtung zum Kostenersatz (§. 616.), auch noch oft mancherley nachtheilige Folgen hat, z. B. in einigen Fällen die Verpflichtung, das Doppelte zu zahlen [1.], bey dem Ableugnen des Besitzes den Verlust desselben [2.], oder der Einrede der Zahlung, wenn die Ausstellung der Handschrift, oder der Empfang des Geldes geleugnet ist [3.], u. s. w. [4.]. Viele vertheidigen auch noch jetzt ausnahmsweise (§. 291.) des gemeinen Bestens wegen die Anwendbarkeit dieser Strafen [5.].

§. 625.

Wirkungen der Einlassung.

Die Einlassung hat manche, durch nichts vertragsmäfsiges begründete [1.] Wirkungen, deren einige (nach §. 667.) jetzt schon die Ladung mit sich führt, welche aber nicht sämmtlich dieser beygelegt werden können [2.]. Diese Wirkungen sind A.) eine cumulative Novation d. h. es kann vermöge derselben aus dem Urtheil nachher die actio rei iudicatae angestellt werden [3.]. B.) Eine Delegation d. h. wer die, gegen einen andern zu richtende Klage muthwillig gegen sich richten läfst, haftet, als wäre er der wahre Beklagte [4.]. Sie bewirkt ferner C.) Perpetuirung der Klagen [5.], und D.) die Uebertragung derselben auf die Erben [6.]. Diese beyden letzten, aber nicht die übrigen Wirkungen der Einlassung [7.], hat auch die blofse

1.] §. 17. 23. 26. I. de act. (4. 6.) §. 1. I. de poena tem. litig. (4. 16.). [2.] L. ult. de R. V. (6. 1.) Nov. 118. c. 10. [3.] L. 16. pr. C. de fide instrum. (4. 22.) Nov. 18. c. 8. [4.] Die andern Fälle unten gelegentlich. S. überhaupt Wehrn v. gerichtl. Einwend. §. 60. [5.] Danz ord. Proc. §. 181. not. c.

[1.] Weber v. d. natürl. Verb. §. 27. [2.] S. überh. Winkler de L. C. iure vet. et hod. Sect. 3. Danz ord. Proc. §. 38. 118. 138. [3.] Brunnemann ad L. 3. C. de usur. rei iudic. (5. 54.). [4.] S. oben §. 525. [5.] L. ult. C. de praescr. 30. vel 40. ann. (7. 39.) Meine Schrift über Verj. u. Bes. 2. Thl. §. 41. nr. 1. [6.] S. oben §. 293. [7.] Danz

Anbringung einer Klage beym Regenten [8.]. Aufserdem wird E.) der Beklagte durch die Einlassung des Rechts beraubt, den Richter zu recusiren, falls nicht neue Gründe eintreten, und sich auf seinen befreyten Gerichtsstand zu berufen [9.], so wie F.) der Kläger dadurch das Recht der Aenderung der Klage (mutatio libelli), d. h. Aenderung der wesentlichen Merkmale dieses Rechtsstreits, verliert. Vorher kann die Klage noch immer zurückgenommen, und in allen wesentlichen Punkten gebessert werden. Nachher nicht; sondern der Kläger muſs, unter Erstattung der Kosten, die Klage fallen lassen (renunciatio libelli), und eine neue aufſtellen. Erläuterungen dunkler Stellen (declaratio), und Besserung in Nebenpunkten (emendatio) ist jedoch dem Kläger auch nach der Einlassung erlaubt [10.]. Endlich hebt sie G.) nach den Gesetzen das Recht der Cession der Klage auf [11.].

§. 626.

CC.) Ferneres Verfahren bis zur Klarheit des Streitpunkts.

Ob nach der Klage und Antwort noch ein ferneres Verfahren der Partheyen nöthig und erlaubt sey, hängt von den Umständen ab. Das allgemeine Princip ist: der Richter darf die Partheyen nur so lange verfahren lassen, bis er klar sieht, über welche Thatumstände sie einig, oder uneinig sind. Dann erfolgt der Beschluſs der Sache (§. 608.), welcher jedoch von Amtswegen, oder auf Bitten, wegen neu entdeckter, noch nachzutragender Thatumstände wieder aufgehoben werden kann [1.]. Enthält daher die Antwort des Beklagten (Exception im Allgemeinen) Einreden, so ist sie dem Kläger mitzutheilen. Die Gegenantwort desselben (Replik im Allgemeinen) kann denn eine Einlassung auf die Einreden, oder Repliken (§. 56.) enthalten, die fernere Gegenantwort des Beklagten (Duplik im Allgemeinen) Einlassung auf die Repliken, und Dupliken (§. 56.) u. s. w. So geht das Verfahren fort, bis die

ord. Proc. §. 58. not. 6. [8.] L. 1. 2. C. quando libell. princ. dat. (1. 20.). [9.] L. 12. C. de iudic. (3. 1.) L. 12. 13. C. de except. seu praescr. (8. 36.) Nov. 53. c. 3. [10.] L. 25. de R. I. (50. 17.) L. 3. C. de edendo (2. 1.) Gönner Handb. 1. B. n. 24. [11.] S. oben §. 60. a. E. und §. 607.

[1.] cap. 5. X. de fide instrum. (2. 22.) I. R. A. §. 78-81. G. I.

Streitpunkte klar sind [2.]. Immer gebührt aber dem Beklagten (also auch dem Kläger als Widerbeklagten) das letzte Wort [3.], und in der Regel schliefst sich das Verfahren mit der zweyten Handlung des Beklagten [4.].

§. 627.

DD.) Beweis a.) Allgemeine Grundsätze.

Haben sich die Partheyen die, die Sache entscheidenden Thatumstände während des Verfahrens eingeräumt [1.], oder ist der Richter durch Notorietät, — ein Begriff, welcher freylich noch einer gesetzlichen Bestimmung bedürfte, aber schwerlich allein auf actenkundige Facta zu beschränken ist [2.] —, von der Sache unterrichtet: so entscheidet er den Streit sofort [3.]. Sind dagegen die entscheidenden Thatumstände ungewifs: so mufs der Richter als solcher nach Maafsgabe der Gesetze von deren Existenz überzeugt werden. Diese Ueberzeugung heifst **Beweis** [4.], und das Bestreben, diese Ueberzeugung wirklich zu machen, heifst **Beweisführung**, wiewohl der Sprachgebrauch nur das, auf jenen Zweck gerichtete Bestreben der **Partheyen** so zu nennen pflegt. Da der Richter, vor dem der Procefs geführt wird, nach der Lage der Sachen von den streitigen Thatumständen überzeugt werden soll, so versteht es sich denn von selbst, dafs auch vor ihm die Beweisführung geschehen mufs, also weder vor einem Notar, noch einem dritten Richter [5.].

Hert de resciss. concl. in causs. Arg. 1729. [2.] Gönner jur. Abh. 2. B. n. 23. Dessen Handb. 2. B. n. 30. §. 14. fgg. [3.] Danz ord. Proc. §. 211. [4.] I. R. A. v. 45. 46. 55. 81.

[1.] cap. 4. X. de iudic. (2. 1.). [2.] vergl. Martin u. Walch Magaz. für d. gem. T. bürgl. Proc. 1. B. 1. Hft. S. 85. 86. Gönner Handb. 3. B. n. 32. §. 11. I. H. Boehmer I. E. P. L. 2. T. 19. §. 2. fgg. [3.] cap. 3. X. de testib. cogend. (2. 21.) cap. 14. X. de appell. (2. 28.). [4.] Ueber den Begriff des Beweises s. Gönner a. a. O. §. 1. fgg. und Walch a. a. O. S. 63. fgg. — Ueber die Lehre vom Beweise: Mascard tr. de probat. Frkf. ad V. 1731. H. Vulteii tr. de probat. et praesumt. Marb. 1587. A. E. Klar Abh. v. Beweise. Brauschw. 1757. I. M. Schneidt Sp. iur. civ. systema. sistens. doctrin. de probat. Wirc. 1767. v. Tevenar Theor. der Bew. im Civil-Procefs. Leipz. 1780. C. F. Elsaesser D. exhibens. selecta capita de probat. et reprobat. Tub. 1782. [5.] Wernher P. 4. Obs. 42. Die Ausnah-

§. 628.

aa.) Vollkommner, unvollkommner Beweis.

Die Ueberzeugung des Richters kann entweder vollständig seyn (probatio plena), oder nicht. Im letzten Fall kann die Beweisführung entweder ganz mifslungen seyn, oder nur zum Theil. Ist das letzte (probatio imperfecta), so lassen sich wieder mehrere Modificationen denken, welche man aber durchaus auf keine scharf bestimmten Classen bringen kann, wiewohl sich im Allgemeinen sagen läfst, dafs die Stärke des unvollkommenen Beweises sich in eben dem Grade mehrt oder mindert, je weniger oder mehr sich das Gegentheil des zu Beweisenden möglich denken läfst [1.]. Die Praxis nimmt indefs [2.] drey Arten des unvollkommenen Beweises an, einen halben (semiplena), einen mehr als halben (plus quam semiplena), und einen weniger als halben (minus quam semiplena), ohne jedoch in Betreff der Anwendung für die mehrsten Fälle etwas recht bestimmtes festgesetzt zu haben [3.].

§. 629.

bb.) Art zu beweisen; natürlich oder künstlich.

Die Art, wie der Richter eine Ueberzeugung erhält, ist zwiefach. Entweder wird durch eigne, oder fremde sinnliche Wahrnehmung der Existenz des streitigen Thatumstandes gradezu vergewissert (directer natürlicher Beweis), oder er schliefst nur von der Existenz eines andern Thatumstandes, auf die Existenz dessen, worüber Streit ist (indirecter Beweis). Das letzte wird künstlicher, oder Beweis durch Vermuthungen und Schlüsse genannt [1.]. In der Regel mufs der Richter nach philosophischen Grundsätzen über Wahrscheinlichkeit und Gewifsheit die Resultate bey dieser Beweisart durch eigne Einsicht bilden. Ein einziges Factum kann hier dann zu einem, völlige Gewifs-

me bey Leyser Spec. 283. m. 86. ist willkührlich. Müller Obs. 495.

[1.] Gönner Handb. 2. B. n. 32. §. 36. [2.] Donell Comment. L. 24. c. 19. [3.] Stryk de semiplen. probat. cap. 4. Heineccius de iurisiur. supplet. lubric. §. 20—29. Malblank de iureiur. §. 70. 74.

[1.] Canz de probabilitate iuridica. Tub. 1744. Menoch tr.

heit erzeugenden Schlufs führen [2.], und eben diefs läfst sich bey dem Schlufs aus mehreren gewissen Thatumständen denken, deren jeder einzeln betrachtet nur Wahrscheinlichkeiten begründet, sofern nämlich das in jeder solcher Wahrscheinlichkeit liegende Gewisse das Ungewisse in der andern aufhebt, und so durch wechselseitiges Eingreifen alles Ungewisse entfernt wird [3.]. Geschieht diefs nicht, so wird die Wahrscheinlichkeit stärker (urgens) oder geringer, je kleiner oder gröfser der Spielraum des Ungewissen ist.

§. 630.

Ueber Rechtsvermuthungen.

In einigen Fällen [1.] haben die Gesetze, der Wahrscheinlichkeit, oder andrer Gründe wegen, vorgeschrieben, dafs bey der Existenz eines Thatumstandes die Existenz eines andern angenommen werden solle, als ob sie wirklich erwiesen sey. Diefs nennt man rechtliche Vermuthungen (praesumtiones iuris), und im Gegensatz derselben die, auf einen Vernunftschlufs des Richters beruhenden factische Vermuthungen (pr. facti s. hominis). Jene wirken in der Regel nur eine interimistische Wahrheit bis das Gegentheil factisch dargethan ist, und zwar können sie in der Regel durch einen ordentlichen Beweis entkräftet werden (pr. communes), zuweilen aber nur durch einen sehr starken Beweis (pr. violentae) [2.] In manchen Fällen wird aber gegen eine rechtliche Vermuthung gar kein Beweis gestattet [3.]. Dann nennt man sie fictiones iuris, oder praesumtiones iuris et de iure [4.]. Ist eine rechtliche Ver-

de praesumtionibus. Genev. 1686. [2.] §. 12. I. de inutil. stipul. (3. 20.). Walch a. a. O. S. 79. [3.] A. M. ist Gönner a. a. O. S. 345.

[1.] Man rechne aber nicht dahin alle Fragmente, wo vom Wahrscheinlichen die Rede ist z. B. L. 31. §. 21. de aedil. edict. (21. 1.) I. H. Boehmer de collisione praesumt. (Exerc. T. 4.) c. 1. §. 8. 9. [2.] L. 24. de probat. (22. 3.) L. 7. de admin. tut. (26. 7.). [3.] L. 14. C. de non. num. pec. (4. 30.) cap. 30. X. de sponsal. (4. 1.) cap. 12. X. de praesumt. (2. 23.). [4.] Alteserra tr. de fictionibus iuris Paris. 1659. I. H. Boehmer l. c. I. Alef de praesumt. iuris, et, ut vocant, de iure. Heidelb. 1740. H. Piccardt de praesumt. quae vulgo iuris et de iure ab interpr. vocari solent, contrar. prob. non admitt. Groening. 1773. I. M. Schneidt de praesumt. iur. et

muthung nicht von der letzten Art, so wird sie durch eine entgegenstehende factische so weit aufgehoben, als die Gewiſsheit dieser reicht. Unter mehreren rechtlichen überwiegt die speciellere die allgemeinere, oder bey gleichem Umfange die dringende die gemeine. Unter factischen entscheidet die stärkere Beweiskraft [5.].

§. 631.

CC.) Wer beweist? Verfahren von Amtswegen.

Die Mittel, durch welche der Richter von der Existenz eines Thatumstandes überzeugt wird, sind entweder eigne, oder fremde Auctorität, je nachdem nämlich eigne Wahrnehmung oder Reflexion ihn eines Thatumstandes vergewissert, oder die, auf Wahrnehmung oder Reflexion gegründete Aussage andrer. Ist ein streitiger Thatumstand von der Art, daſs eigne Anschauung den Richter überzeugen kann, so muſs er dieſs von Amtswegen vorziehen, und dadurch die Beweisführung der Partheyen überflüssig machen [1.]. Eben so ist er von Amtswegen gehalten, die, aus einem, seiner Anschauung vorliegenden Gegenstande zu abstrahirenden Resultate durch Reflexion gehörig zu bilden, und Falls ihm hiezu die nöthigen Kenntnisse fehlen sollten, sich der Unterstützung Sachverständiger zu bedienen [2.]. Kann aber nur fremde Auctorität den Richter überzeugen, so müssen die Partheyen diese durch Beweisführung herbeyschaffen, und zwar ist dem Theil der Beweis aufzulegen, welcher, ohne von rechtlichen Vermuthungen unterstützt zu seyn, die Stelle eines Klägers vertritt, er gründe sich nun auf eine bejahende, oder verneinende Behauptung, also dem Kläger in Rücksicht des Grundes der Klage, dem Beklagten in Rücksicht des Grundes der Exceptionen u. s. w. [3.]. In allen Fällen

de iur. Wirc. 1770. Moeckert de indole praes. iur. Riht. 1784. C. I. Zahn (Pr. C. Gmelin) de fict. iur. Rom. Tub. 1787. Müller ad Leyser Obs. 450. [5.] I. H. Boehmer D. cit. cap. 2.

[1.] arg. L. 34. de LL. (1. 3.) Gönner Handb. 2. B. n. 32. §. 20. 21. [2.] Gönner a. a. O. n. 35. [3.] §. 4. I. de legat. (2. 20.) L. 2. L. 21. de probat. (22. 3.) L. 6. de his qui sui vel alien. iur. (1. 7.) L. 3. L. 8. C. h. t. (4. 19.) H. de Coccei de directa probat. negativae (Exerc. T. 2. D. 3.) I. H. Boehmer I. E. P. L. 2. T. 19. §. 3 – 7. Trier de

aber sind nur die entscheidenden Thatumstände zu erweisen [4.].

§. 632.

dd.) Beweis, Gegenbeweis.

So wie der Beklagte sich durch Leugnen gegen die Behauptungen des Klägers vertheidigen darf, so muſs es ihm auch frey stehen, die Unwahrheit des, über jene Behauptung vom Kläger geführten Beweises, sofern er will, selbst ohne Vorbehalt des Richters [1.], darzuthun, wiewohl ihm, wenn dem Kläger der Beweis miſslingt, das Miſslingen des Beweises seines Leugnens nicht schadet [2.]. Dieser Beweis der Unwahrheit eines Beweises durch den Beweis des Gegentheils dessen, was durch den Beweis dargethan ist, heiſst Gegenbeweis (reprobatio). Damit die Verhandlung nicht ins Unendliche gehe, ist kein weiterer Gegenbeweis wider einen Gegenbeweis zulässig [3.]. Wohl zu unterscheiden aber von dem Gegenbeweise ist der, selbst nach vollendetem Beweise, vermittelst einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zulässige Beweis der Verfälschung des Beweises z. B. wenn Zeugen bestochen sind, oder die Parthey meineydig war [4.].

§. 633.

Eigentlicher, uneigentlicher Gegenbeweis.

Auſser dem Gegenbeweise in diesem Sinn muſs aber dem Beklagten auch der Beweis seiner Einreden (§. 622.) gestattet werden. Diesen letzten nennt man uneigentlichen Gegenbeweis (reprobatio indirecta), und

onere prob. negant. incumb. Frkf. 1778. Westphal v. d. rechtl. Bew. einer Verneinung. Hal. 1783. (auch Hal. Anz. 1780. n. 36.) Specht de insuffic. proband. regul. Affirmanti incumbit probatio. Hal. 1787. Mezger de onere probandi et caussis, quae litigantem ab eo immunem reddunt. Alt. 1800. Müller ad Leyser Obs. 450. [4.] Cocceii l. c. cap. 4. §. 4. Mevius P. 2. Dec. 280. Westphal a. a. O. §. 17.

[1.] Boehmer princ. iur. can. §. 779. Ueberh. G. A. Joachim de different. reprobat. a probat. action. et except. peremt. Lips. 1730. Vor allen aber Gönner Handb. 2. B. n. 54. [2.] Danz ord. Proc. §. 253. [3.] Danz a. a. O. §. 252. [4.] L. 31. de iureiur. (12. 2.) L. 53. de re iudic. (42. 1.). Martin Lehrb. §. 142.

dagegen denn den vorhin bezeichneten wahren Gegenbeweis den eigentlichen (reprobatio directa). Der erste ist aber kein wahrer Gegenbeweis, und da der Beklagte die Stelle des Klägers als Excipient vertritt (§. 524.), so mufs denn auch der Kläger gegen diesen uneigentlichen Gegenbeweis einen wahren Gegenbeweis, so wie einen Beweis der Repliken führen dürfen u. s. w. [1.]. Wer im Procefs zunächst den Beweis zu führen hat wird als Beweisführer Producent, der Gegner desselben aber Product genannt. Der Gegenbeweisführer dagegen heifst Reproducent, der, wider welchen er handelt, Reproduct.

§. 634.

b.) Ueber die Beweismittel. Arten.

Die einzelnen Beweismittel lassen sich auf folgende Classen bringen: der Richter wird überzeugt entweder A.) durch seine eigne, auf Anschauung oder Reflexion gegründete Auctorität (Beweis durch Augenschein), oder II.) durch die Auctorität andrer. Diese sind entweder 1.) die Partheyen. In der Regel beweist diese nur, wenn eine Parthey zu ihrem Nachtheil etwas ausgesagt hat (Beweis durch Bekenntnifs), es sey nun schriftlich (Beweis durch Urkunden), oder durch mündliches Eingeständnifs (Beweis durch Bekenntnifs im engeren Sinn). Zuweilen wird aber auch einer Parthey zu ihrem Vortheil geglaubt, nämlich wenn sie ihre Aussage eydlich bestärkt (Beweis durch Eyde). Wird der Richter 2.) durch die Auctorität Dritter überzeugt, so sind wieder zwey Fälle möglich, nämlich A.) die dritte Person mufs sich auf den, durch Bitten oder von Amtswegen veranlafsten Befehl des Richters durch Anschauung, oder Reflexion vom Streitgegenstande instruiren, und das Resultat ihrer, während des Streits gemachten Wahrnehmung dem Richter mittheilen (Beweis durch Besichtigung und Kunstverständige); oder B.) die Partheyen legen dem Richter vor, was andre mündlich aussagen (Beweis durch Zeugen), oder schriftlich ausgesagt haben (auch Beweis durch Urkunden). In allen Fällen können diese Beweismittel zu einem natürlichen, oder künstlichen

[1.] Danz a. a. O. §. 252. Gönner a. a. O. §. 16. 16.

Beweise (§. 629.) führen, auch kann das eine Beweismittel unter dem andern enthalten seyn, und durch das Organ dieses dem Richter bekannt werden [1.]. Wegen der Einheit der Darstellung müssen manche dieser Beweismittel mit ihrer Nebenart verbunden zugleich erörtert werden.

§. 635.

Zusammengesetzter, einfacher.

Jedes Beweismittel, wenn es untadelhaft ist, beweist in der Regel [1.] vollkommen; doch steht es dem Beweisführer im Ganzen [2.] frey, mehrere mit einander zu verbinden. Geschieht dieſs, so nennt man den Beweis einen **zusammengesetzten**, sonst aber einen **einfachen**.

§. 636.

aa.) Geständniſs.

Ein **Geständniſs**, sofern es nicht zum Vortheil, sondern zum Nachtheil des Bekenners gereicht [1.], enthält einen, nur durch den Beweis des Irrthums umzustoſsenden vollen Beweis, sofern es gerichtlich geschah, das auſsergerichtliche hingegen bloſs dann, wenn die ernstliche durch keinen Gegenbeweis des Irrthums, des Betrugs, der Simulation u. s. w. als nicht vorhanden dargestellte Absicht des Bekenners, etwas einzuräumen, zugleich erwiesen wird, weil ohne dieſs nur Vermuthungen daraus entspringen [2.]. Einer Annahme bedarf es nicht mehr, seitdem bey uns die Sitte, geradezu aus dem Geständniſs, wie aus einem Urtheil, zu klagen [3.] aufgehoben ist [4.]. Damit aber überhaupt das Geständniſs beweise ist erforderlich A.)

[1.] Danz ord. Proc. §. 240.

[1.] Die Ausnahme hievon unten §. 664. [2.] Eine Ausnahme macht die Eydes-Delation über den eigentlichen Gegenbeweis §. 647.

[1.] L. 26. §. 2. de depos. (16. 3.) L. 5. 6. C. de probat. (4. 19.) Ueberh. H. T. Reibenstein de confess. civili. Helmst. 1744. Gönner Handb. 4. B. n. 44. [2.] L. 7. de conf. (42. 2.) cap. 4. X. de iudic. (2. 1.) Leyser Spec. 473. A. M. sind Danz ord. Proc. §. 299. Müller ad Leyser Obs. 767. Der Bekenner muſs aber auch bey dem auſsergerichtlichen Bekenntniſs den Irrthum beweisen. Müller Obs. 170. [3.] Vergl. L. 6. §. 3. h. t. (42. 2.) mit. L. 23. §. 11. ad L. Aquil. (9. 2.). [4.] Müller Obs. 771.

daſs es deutlich abgelegt sey. Das Stillschweigen ist kein Einräumen [5.], selbst da nicht überall, wo Jemand zum antworten verbunden ist [6.]. Ferner muſs B.) der Bekennende in der Lage seyn, sich einseitig verpflichten zu können [7.]. Einem Dritten schadet es in der Regel nicht, ausgenommen wenn der Dritte aus besondern Gründen, z. B. als Erbe, verpflichtet ist, die Handlungen des Bekennenden als die seinigen gelten zu lassen [8.]. Endlich muſs C.) das streitige Factum unbeschränkt zugestanden seyn (confessio simplex); wird es unter Einschränkungen zugestanden (confessio qualificata), so braucht der Bekennende, wenn nicht Rechtsvermuthungen wider ihn streiten [9.], diese Einschränkungen nicht zu beweisen, sofern er nur in genere den Grund der Klage einräumte, sondern der Gegner desselben muſs darthun, daſs das Factum speciell so, wie er es angab, existirt habe [10.]. Gibt aber der Confitent alle Facta zu, welche an sich die, gegen ihn gerichtete Forderung begründen, unter der Einschränkung, daſs die dadurch begründete Verbindlichkeit durch andre Facta beschränkt sey: so muſs er die behauptete Beschränkung beweisen [11.].

§. 637.

bb.) Beweis durch Eyde. Arten.

Auch durch einen Versicherungs-Eyd (§. 95.) kann ein Beweis geführt werden; jedoch nicht unbedingt. Wer nämlich den Beweis zu führen hat, kann in der Regel die Be-

[5.] S. oben §. 623. a. E. Müller Obs. 769. A. M. ist aus politischen Gründen Leyser Sp. 473. m. 8. [6.] Vergl. was unten §. 679. 753. über den Ungehorsam bey der Einlassung und bey Interrogationen gesagt ist. Wo aus dem Schweigen ein Geständniſs gefolgert wird, da nennt man dieſs ein fingirtes. Richter quaedam de confessione ficta in caussa civili capita. Lips. 1744. [7.] L. 6. §. 5. h. t. (42. 2.). [8.] L. 6. §. 4. eod. L. 47. de R. I. (50. 17.) L. 25. §. 1. ad L. Aquil. (9. 2.) L. 2. de R. I. in 6. (1. 21.). [9.] z. B. L. 5. §. 1. de probat. (22. 3.). [10.] Vergl. überh. über diese streitige Materie Claproth ord. Proc. §. 217. I. H. Boehmer I. E. P. L. 2. T. 18. §. 2. F. de Graffen de confess. qualificata. Goett. 1769. Erf. 1783. Gmelin u. Elsässer gem. jur. Beob. 2. B. n. 8. Gönner a. a. O. §. 14—27. [11.] Dahin sollte man mit der Glosse ad L. 9. C. de except. auch den Fall zählen, wenn der Confitent sich auf Bedingungen beruft.

weisführung nicht dadurch von sich ablehnen, dafs er die Wahrheit des Beweissatzes beschwört [1.]. Wenn indefs die Partheyen die Entscheidung der Sache vertragsmäfsig von dem Eyde eines Theils abhängig machen, so behält es dabey natürlich sein Bewenden [2.]. Diesen Eyd nennt man den angetragenen, oder freywilligen (delatum s. voluntarium). Ferner ist der Richter, im Fall eines, durch andre Beweismittel unvollständig geführten Beweises verpflichtet, dem Beweisführer die Ergänzung des Beweises durch den Eyd aufzulegen, oder von dem Producten zu verlangen, dafs er sich von dem, gegen ihn begründeten Verdacht eydlich reinige. Diefs nennt man den auferlegten, oder nothwendigen Eyd (iniunctum s. necessarium). Endlich gibt es gewisse Fälle, da der klagende Theil nach eigner Wahl den Beweis durch seinen eignen Eyd führen kann. Dieser heifst Schätzungseyd (iuramentum in litem). Alle diese drey Arten des Eydes sind für die Hauptsache entscheidend, und werden daher Haupteyde genannt. In einigen Fällen müssen aber die streitenden Theile, bald vermöge einer amtsmäfsigen Auflage, bald auf Verlangen ihres Gegners einen vorläufigen, in der Sache selbst nicht entscheidenden Eyd ablegen. Ein solcher wird Nebeneyd genannt.

§. 638.

Wahr- heits- und Glaubens- eyd.

Da der Eyd etwas wirkliches beweisen soll, so kann ihn der Schwörende in der Regel nur über Wahrheit und Wirklichkeit ablegen (iuramentum veritatis), es sey nun über sein positives Wissen (iuram. scientiae), oder bey einem negativen Beweissatze über sein Nichtwissen (iuram. ignorantiae). Die eydliche Angabe, dafs man etwas glaube (iuram. credulitatis) beweist an sich nicht gradezu, und es ist daher durchaus verwerflich, wenn die Praxis im Fall der Unmöglichkeit eines Wahrheitseydes diesen Glaubenseyd überall zuläfst. Al-

[1.] L. 3. de iureiur. (12. 2.). [2.] L. 32. C. de fideicommissis (6. 42.). [3.] Ueber die Frage: welche von diesen Arten der Eyde durch die Ueberschrift des Tit. P. de iureiur. (12. 2.) angedeutet werde? s. Heineccius de lubricitat. iurisiur. supplet. §. 6. 7. Voet L. 12. T. 2. §. 7.

lein unrichtig wäre es, ihn deswegen absolut zu verwerfen [1.], da er als angetragener Eyd (§. 637.), und wenn Präsumtionen durch ihn begründet werden, allerdings seinen Werth hat.

§. 639.

Form des Eydes.

Die Ableistung des gerichtlichen Eydes mufs, sofern die Partheyen nicht vertragsmässig ein anderes bestimmen [1.], unter Anrufung Gottes geschehen, und zwar mündlich, nicht schriftlich, wenn nicht der Schwörende stumm ist [2.]. Wie die Formel weiter gefafst wird, ist gleichgültig. Blofs Katholiken und Protestanten gegen einander müssen die Formel: bey Gott und dem heiligen Evangelio aussprechen [3.]. Aufserdem müssen Männer bey der Abschwörung den Daumen, Mittel- und Zeigefinger der aufgehobenen rechten Hand gegen sich kehren, Geistliche und Weiber aber diese Finger auf die linke Brust setzen [4.]. Dafs ein Jude mehr Formularien zu beobachten habe, ist bisher nicht erwiesen [5.], wohl aber mufs in Criminal-Fällen die Feyerlichkeit verstärkt werden [6.]. Werden die gewöhnlichen Formulare beobachtet, so nennt man den Eyd einen feyerlichen (solenne), sonst aber einen unfeyerlichen (minus solenne). Was übrigens mit denen zu machen sey, welche nicht an Gott glauben, oder wegen ihrer Religionsbegriffe nicht bey Gott schwören können? ist eine, der gesetzlichen Entscheidung bedürfende Frage [7.]. Nach der Strenge sollte man die, welche nicht schwören können, denen, welche es nicht wollen, gleichstellen [8.].

[1.] A. M. sind Malblank de iureiur. §. 44. Müller ad Leyser Obs. 319. Emminghaus ad Coccei L. 12. T. 2. qu. 44. und mehrere Neuere.

[1.] Cap. 26. X. de iureiur. (2. 24.). Coccei L. 12. T. 2. qu. 7. 8. [2.] Stryk L. 12. T. 2. §. 13. [3.] R. A. v. 1555. §. 106. Boehmer I. E. P. L. 2. T. 24. §. 55. fgg. Müller ad Leyser Obs. 302. [4.] Malblank doctrin. de iureiur. §. 92. [5.] M. Philipson über die Verbess. des Judeneydes. Neustrel. 1797. [6.] Gundlingiana P. 4. Obs. 2. [7.] Vergl. Malblank §. 7. 113. [8.] Stryk l. c. §. 8. Wernher lect. comm. L. 12. T. 2. §. 2. 3.

§. 640.

Fortsetzung.

Die Ableistung des Eydes mufs, wenige Fälle ausgenommen, an der Gerichtsstelle geschehen [1.], und zwar in eigner Person, indem der Eyd eines bevollmächtigten Namens (in animam) des Principals, ohne vertragsmäfsigen Nachlafs, den unten (§. 645.) zu erwähnenden Eyd für Gefährde ausgenommen, verboten ist [2.]. Wird einer Gemeinheit ein Eyd abgefordert, so müssen zwey oder drey von ihr selbst gewählte Mitglieder denselben abschwören [3.], wenn nicht der Eyd aller nach der Lage der Sache absolut erforderlich ist [4.].

§. 641.

Ungültigkeit des Eydes.

Hat ein Eyd diese äufsere Form nicht, so ist er ungültig, und eben diefs ist der Fall, wenn der Schwörende der Vernunft beraubt ist [1.], oder Zwang, Irrthum und Betrug dabey Statt finden [2.]. Ist diefs der Fall, so ist der Eyd, wenigstens bey den Protestanten, von selbst ungültig, ohne dafs der Schwörende von seinen geistlichen Obern eine Befreyung seines Gewissens (relaxatio iuramenti) zu erbitten braucht [3.].

§. 642.

Wer ist dazu fähig?

Zur Ableistung des Eydes sind unfähig: A.) alle Vernunftlose, aus dem eben angegebenen Grunde. B.) Unmündige, wenigstens nach der Praxis [1.], welcher zufolge an vielen Orten zur Ablei-

[1.] L. 15. h. t. (12. 2) L. 2. §. 1. C. de iureiur. propt. calumn. (2. 59.) Nov. 124. c. 1. [2.] L. 12. §. 4. 5. C. de R. C. (4. 1.) L. 16. C. de testib. (4. 20.) Nov. 124. c. 1. vergl. mit cap. 6. 7. X. de iuram. calumn. (2. 7.) I. R. A. §. 43. Malblank §. 94. Müller ad Leyser Obs. 325. Dapp v. d. Legit. zum Proc. §. 183. A. M. ist Danz ord. Proc. §. 369. [3.] Mevius P. 3. Dec. 54. Struben 5. B. 108. Bed. Pufendorf T. 2. Obs. 124. Müller ad Leyser Obs. 336. [4.] Cramer Obs. iur. univ. T. 4. n. 1021. Malblank §. 42. a. E.

[1.] Cap. 26. X. de iureiur. (2. 24.). [2.] Cap. 28. X. eod. cap. 2. de iureiur. in 6. (2. 11.). Pufendorf T. 3. Obs. 48. [3.] Malblank doctr. §. 121 — 123.

[1.] Denn über nothwendige Eyde ist nichts bestimmt. Das delatum kann der Unmündige nach L. 26. L. 34. §. 2. L. 42.

stung gerichtlicher Eyde sogar das 18jährige Alter erforderlich ist [2.]. C.) Jeder, von welchem man mit Gewißheit sagen kann, daß er falsch schwören werde [3.]. Aus diesem Grunde darf denn auch der Richter selbst zu dem angetragenen Eyde jetzt keinen Meineydigen zulassen [4.], und eben so wenig den, welchen die Gesetze überhaupt für einen unfähigen Zeugen erklären.

§. 643.

Beschränkung der Eyde.

Der Richter muß, soviel er kann, unnütze, und falsche Eyde verhüten, auch den Gebrauch der Eyde möglichst beschränken. Aus diesem Grunde darf A.) derjenige mit keinem Eyde belastet werden, welcher auf andre Art vollständig bewiesen hat [1.]. Eben so wenig ist es B.) erlaubt, bey dem Versuch eines noch nicht mißlungenen Beweises über den Beweissatz unbedingt den Eyd anzutragen [2.]. Endlich muß C.) der Richter alle, zur Entscheidung des Streitpunkts nichts beytragenden Eyde verwerfen, und sie dem Streitpunkt gemäß einrichten [3.], es sey denn, daß die Partheyen durch Vertrag von einem, an sich irrelevanten Eyde die Entscheidung der Sache sollten abhängig gemacht haben [4.].

§. 644.

Wirkung des Eydes.

Die Wirkungen eines abgeleisteten Eydes bestehen überhaupt darin, daß das Beschworene, einstweilen oder unbedingt, als wahr angenommen wird, und zwar nach Inhalt der Eydes-Formel, indem auf das, was der Schwörende heimlich der Eydes-

h. t. (12. 2.) can. 14. causs. 22. qu. 5. ableisten, aber er wird nicht dazu gezwungen. Huber L. 12. T. 2. §. 9. Walch de legit. iurant. aetat. Jen. 1755. (op. T. 2. S. 3.). [2.] Vergl. hier auch Malblank §. 9. [3.] c. 5. 8. C. 22. qu. 5. [4.] c. 14. C. 22. qu. 5. A. M. ist in Betreff des delati Leyser Spec. 136. m. 1.

[1.] Cap. 2. X. de probat. (2. 19.). Mevius P. 8. Dec. 333. [2.] Cocceii L. 12. T. 2. qu. 25. I. H. Boehmer de probat. per iuram. delat. §. 26. [3.] L. 34. §. 8. h. t. (12. 2.) cap. 26. X. de iureiur. (2. 24.). G. L. Boehmer de auctoritat. iudicis circa iurisiur. in iudic. delat. (Elect. T. 2. n. 14.). [4.] Wernher P. 2. Obs. 494. Gönner Handb. 1. B. n. 20.

Formel zuwider dachte (reservationes mentales), keine Rücksicht genommen wird [1.].

§. 645.

Arten der gerichtlichen Eyde. A.) iuramentum calumniae.

Die Nebeneyde sind mannigfaltig. Hier kann von denselben nur der Eyd für Gefährde (iuramentum calumniae) genannt werden. Der Inhalt desselben ist: Leugnen, daſs man nicht die Absicht zu chikaniren habe. Ehemals konnte er nur wegen besondern Verdachts in einzelnen Fällen (iuram. cal. speciale) gefordert werden [1.]; aber Justinian schrieb unnachläſslich vor, daſs beyde Theile, und deren Anwälde stets bey der Einlassung durch einen allgemeinen Eyd für den ganzen Proceſs (iuramentum cal. generale) sich von allem Verdacht reinigen sollten, daſs aber dann der besondere Eyd für Gefährde nicht weiter gefordert werden könne [2.]. Obgleich eigentlich nur der letzte Punkt, und die Vorschrift, daſs der allgemeine Eyd absolut wesentlich seyn solle, durch das kanonische und deutsche Recht aufgehoben ist [3.]: so verwirft dennoch die Praxis den allgemeinen Eyd für Gefährde ganz, und verlangt nur den besondern im Fall eines gegründeten Verdachts [4.], sofern der Gegentheil nicht die Ableistung erläſst [5.]. Jeder, selbst der, welcher als Stellvertreter eines andern handelt, kann, wenn ihn selbst der Verdacht trifft, zu jeder Zeit dazu gezwungen werden [6.]; doch sind ausgenommen alle Personen, denen Ehrfurcht gebührt, falls ihnen nicht der Richter von Amtswegen den Eyd auflegt [7.], so wie Staatsdiener in Sachen ihrer Regierung [8.], wobey aber natürlich vorauszusetzen ist, daſs den Anwald des Staats nicht für seine eigne Person ein besondrer Verdacht der

[1.] L. 5. §. ult. de iureiur. (12. 2.). A. Kaestner progr. de reservat. mental. Lips. 1741.

[1.] I. A. Gerstaecker de iureiur. calumn. sec. princip. iur. Rom. Germ. Can. Sax. Lips. 1795. [2.] L. 2. C. de iuram. propt. calumn. (2. 59.) Nov. 124. c. 1. [3.] Cap. 1. 2. de iuram. calumn. in 6. (2. 4.). I. R. A. §. 43. [4.] Boehmer I. E. P. L. 2. T. 7. Malblank doctrin. §. 89. 90. [5.] I. S. Stryk de remiss. iuram. cal. Hal. 1667. [6.] Cap. 5. 6. 7. X. de iuram. calumn. (2. 7.) cap. 2. eod. in 6. (2. 4.). [7.] L. 37. §. 4. de iureiur. (12. 2.) L. 7. §. 3. de obsequ. par. et patron. praest. (37. 15.). Eckhard hermen. iur. §. 192. Kind qu. for. T. 1. cap. 71. [8.] R. A. v. 1654. §. 43.

Chikane trifft [9.]. Ist übrigens der Eyd abgeleistet, so kann dennoch der Schwörende wegen leichtsinniger Streitsucht mit den gewöhnlichen Strafen belegt werden [10.]; Verweigerung der Ableistung dagegen hat bey dem Eigenthümer des Processes Verlust der Sache, bey Stellvertretern Versagung des Zutritts, und andre Strafen zur Folge [11.].

§. 646.

B.) iuram. delatum. Wirkungen.

Unter den Haupteyden ist der angetragene (§. 637.) der wichtigste, und entscheidendste. Dieser hat die volle Natur eines Vergleichs [1.], wiewohl er insofern, als der Richter danach sprechen muſs, unter die Beweismittel gezählt werden kann [2.]. Ist er abgeleistet, so wird das beschworne Recht als wirklich angenommen, ohne daſs jedoch der Eyd eine neue Klage erzeugt [3.]. Als Vergleich kann daher der Eyd wegen eines Irrthums nicht angefochten werden [4.], wo der Vergleich unumstöslich ist [5.], wohl aber wo der Irrthum von der Art ist, daſs er einen Vergleich würde vernichtet haben [6.]. Auch ist es jetzt [7.] erlaubt, den Eyd anzufechten, wenn er wissentlich falsch abgeschworen ist, und zwar in allen Sachen [8.], nur muſs freylich der Meineyd bewiesen werden, welches jedoch natürlich durch die ordentlichen Beweismittel geschehen kann [9.]. Eine Appella-

[9.] Leyser Spec. 190. m. 6. G. H. Ayrer de necessitate officii a iuram. calumniae non liberante. Goett. 1747. [10.] L. 79. de iudic. (5. 1.). A. F. Kühnhold Pr. an iuramento cal. et relato praestito, utriusque partis sumt. litis compensatio loc. obtinere queat. Lips. 1755. [11.] Auth. principal. C. de iureiur. propter calumn. (2. 59.).

[1.] L. 32. C. de fideicommiss. (6. 42.). [2.] Andre Ideen hat Malblank doctrin. de iureiur. §. 41., welche er aber nach seinen princ. iur. Rom. §. 474—77. wieder verlassen zu haben scheint. [3.] S. oben die Allegate zu §. 596. [4.] L. 9. C. de transact. (2. 4.) L. 4. C. de re iudicat. (7. 52.). [5.] Diese Fälle s. oben §. 582. [6.] Die gemeine unbedingte Behauptung, daſs der Eyd unumstöſslich sey, läſst sich nicht vertheidigen, so wenig als die unbedingte gegentheilige Behauptung des Malblank doctr. §. 65. S. dagegen dessen princ. iur. Rom. §. 477. [7.] Nicht so nach L. 21. 22. de dolo malo (4. 3.) L. 1. L. 12. C. de R. C. (4. 1.). A. M. ist Voet L. 12. T. 2. §. 25. [8.] C. C. C. Art. 107. Ueber die Ideen andrer s. Malblank §. 64. 65. Müller ad Leyser Obs. 330. [9.] Einen stärkern Eyd fordert Malblank a.

tion gegen ein, dem Eyde gemäſses Urtheil ist unerlaubt [10.].

§. 647.

Wer kann ihn deferiren?

Die Eydes-Delation kann geschehen A.) von jedem, aber auch nur von dem, welcher durch Vergleich den Streit beyzulegen befugt ist [1.]; doch muſs er auf Verlangen zuvor den Eyd für Gefährde schwören, weil, wenn er dieſs nicht will, der Gegner sich auf den Eydesantrag nicht einzulassen braucht [2.]. Auch infamirte Personen dürfen ihrem Gegner den Eyd antragen [3.]. B.) Der Antrag kann jedem geschehen, welchen der Streit selbst betrifft, auch einem von mehreren [4.]. Personen, welche Namens andrer streiten, müssen sich auf den Antrag einlassen, wenn der Eyd ihre eignen Handlungen betrifft; sonst aber steht die Annahme nur in ihrer Willkühr [5.], vorausgesetzt nämlich, daſs sie von den fremden Handlungen etwas wissen können [6.]. Ist der, dem der Eyd angetragen wird, einstweilen unfähig zur Ableistung, so wird diese aufgeschoben, bis er dazu im Stande ist. Führt aber der, welchem der Eyd deferirt wird, über denselben Gegenstand einen Beweis durch andre Beweismittel, so kann ihm der Eyd nicht zugeschoben werden, also dem Beweisführer nicht über den eigentlichen Gegenbeweis [7.]. C.) Die Delation kann in allen, der Privat-Willkühr unterworfenen Sachen geschehen [8.], auch bey Privat-Klagen aus einem Verbrechen, selbst ohne allen vorgängigen Verdacht [9.], so wie bey Spon-

a. O. [10.] L. 12. C. de R. C. (4. 1.).

[1.] L. 60. de procurat. (3. 3.) L. 17. §. 3. L. 18. L. 19. h. t. (12. 2.) cap. 4. de procur. in 6. (1. 19.). [2.] L. 34. §. 4. L. 37. h. t. (12. 2.). [3.] G. L. Boehmer de arbitr. iud. circa iuram. delat. §. 8. A. M. ist Cocceii L. 12. T. 2. q. 33. [4.] L. 26. §. 1. h. t. (12. 2.). Wernher P. 4. Obs. 48. [5.] L. 14. §. 3. L. 42. §. 2. eod. Leyser Spec. 136. m. 3. 4. Pufendorf T. 1. Obs. 181. [6.] C. 5. C. 8. qu. 5. [7.] Wernher P. 7. Obs. 47. Gönner Handb. 2. B. n. 34. §. 7. 14. [8.] L. 11. §. 1. L. 38. h. t. (12. 2.). Huber eod. §. 8. [9.] Die, welche Verdachtsgründe fordern, vermengen das purgatorium mit dem delato. L. 6. §. 4. de his qui not. infam. (3. 2.) L. ult. de iniur. (47. 10.). Schoepfer de iurament. indicial. sine probat. delato. cap. 1. Boehmer I. E. P. L. 5. T. 34. §. 4. 5. Müller ad Leyser Obs. 305. 307.

salien- und Ehesachen, sogar dann, bey den Protestanten, wenn von Trennung der Ehe die Rede ist [10.]. Endlich kann D.) der Eydesantrag durchaus nicht als ein subsidiarisches Beweismittel betrachtet werden [11.].

§. 648.

Folgen des Antrags. Relation, Gewissensvertretung.

Aus dem Eydesantrage entsteht für den Deferenten an sich keine Verbindlichkeit, und er kann ihn bis zur Ableistung unbedingt nach Willkühr zurücknehmen [1.], aber auch den zurückgenommenen Eyd nicht wieder, also auch in keiner veränderten Form, deferiren [2.]. Der, dem der Eyd angetragen ist, mufs dagegen nach der Annahme denselben ableisten, und wird, wenn er diefs ohne Schuld seines Gegners verweigert, als Geständiger behandelt [3.]. Hat er ihn nicht angenommen, so kann er die Annahme, deren Verweigerung sonst gleichen Nachtheil zur Folge hat, durch zwey Mittel von sich abwenden, nämlich A.) nach der Praxis [4.] durch die sogenannte Gewissensvertretung (probatio pro exoneranda conscientia), d. h. dadurch, dafs er das, worüber er schwören soll, durch andre Beweismittel darthut. Gelingt ihm dieser Beweis, so wird er behandelt, als ob er geschworen hätte, und es findet dagegen, als Surrogat des Eydes, kein Gegenbeweis Statt [5.]. Gelingt er ihm nur zum Theil, so erkennt der Richter nach

[10.] A. M. ist Danz ord. Proc. §. 370. Allein s. Leyser Spec. 135. m. 8. Müller Obs. 306. 318. G. I. F. Meister pract. Bemerk. 2. Th. n. 1. [11.] L. 25. §. 3. de probat. (22. 3.) L. 32. C. de fideicommiss. (6. 42.). Emminghaus ad Cocceii L. 12. T. 2. qu. 25. not. X.

[1.] L. 11. C. de R. C. (4. 1.). Malblank doctr. §. 54. Ueber die gesetzwidrigen Einschränkungen andrer s. Cocceii L. 12. T. 2. qu. 26. Müller Obs. 310. [2.] L. 11. C. l. c. Danz ord. Proc. §. 377. [3.] F. A. Hommel de poena iurare nolent. Lips. 1748. Stirbt Jemand, welcher durch Schuld seines Gegners an der Ableistung verhindert ward, so ist der Eyd, aber nur in diesem einzigen Fall, als abgeschworen zu betrachten. Vergl. Pufendorf T. 1. Obs. 56. Müller Obs. 327. 328. [4.] I. G. Bauer progr. de defens. consc. per probat. iure comm. fund. Lips. 1753. (op. T. 1.) vergl. mit I. C. Koch progr. de prob. pro exon. consc. in foro Rom. ignota. Giess. 1783. [5.] So lassen sich die Einwendungen bey Gönner jur. Abh. 2. B. n. 29. umgehen.

Umständen auf den Reinigungs- oder Ergänzungseyd [6.]. Mifslingt er aber ganz, so kann er noch B.) das zweyte, ihm überhaupt vor Annahme des Eydes zustehende Mittel, wählen, und den Eyd zurückschieben [7.]. Diese Zurückschiebung mufs aber im Ganzen in der Maafse geschehen, wie der Eyd angetragen ward [8.], und deswegen kann denn auch der Referent, dem über den Grund der Klage der Eyd angetragen ward, nachher noch immer zum Beweise seiner Einreden verlangen gelassen zu werden [9.]. Auch darf er den referirten Eyd in eben der Maafse zurücknehmen, wie diefs dem Deferenten erlaubt ist [10.]. Der, dem der Eyd referirt ist, mufs denselben annehmen, und kann sein Gewissen nicht mit Beweis vertreten [11.], auch keinen Eyd für Gefährde verlangen [12.]. Nur dann ist die Relation unerlaubt, wenn der Eyd eigne Facta des Referenten, welche dem Deferenten unbekannt sind, betrifft [13.], also z. B. ein nur dem Referenten bekanntes eignes Verbrechen [14.].

§. 649.

c.) Nothwendige Haupteyde.

Die nothwendigen Haupteyde (§. 637.) sind der Ergänzungs- und Reinigungs-Eyd (suppletorium und purgatorium). Beyde, sowohl der erste, welcher schon im Römischen [1.], und der letzte, welcher im Kanonischen Recht gegründet ist [2.], werden vom Richter aufgelegt,

[6.] S. §. 749. und Müller Obs. 313. [7.] L. 34. §. 7. h. t. (12. 2.). Cocceii L. 12. T. 2. qu. 25. Danz ord. Proc. §. 381. [8.] L. 34. §. 8. eod. Struben 4. B. 183. Bed. Quistorp Beytr. 4. T. n. 6. [9.] A. M. ist Berger elect. disc. for. Tit. 16. p. 468. [10.] Cocceii l. c. qu. 30. A. M. ist Malblank §. 57. Müller Obs. 312. [11.] Carpzov P. 1. C. 14. Def. 4. [12.] L. 34. §. 7. h. t. (12. 2.). [13.] L. 34. pr. §. 8. eod. [14.] L. 11. §. ult. rer. amotar. (25. 2.) cap. ult. X. de iureiur. (2. 24.). Leyser Sp. 139. m. 1.

[1.] L. 31. de iureiur. (12. 2.) L. 1. §. 40. depos. (16. 3.) L. 3. C. de R. C. (4. 1.). Vinnii qu. sel. L. 1. c. 44. Boehmer I. E. P. L. 2. T. 24. §. 69. 70. Viele leugnen diefs. S. Heineccii D. de lubricit. iurisiur. supplet. §. 9 – 19. (op. var. syll. n. 14.). Nach cap. 36. X. de iureiur. (2. 24.). I. R. A. §. 56. ist die Sache klar. [2.] Cap. 36. §. 1. X. de iureiur. (2. 24.). R. A. v. 1512. Tit. v. Gotteslässt. §. und nachdem R. A. v. 1548. c. 14. §. 1. I. H. Boehmer de usu iuram. purg. in causs. crim. (Exerc. T. 3.). S. auch noch überh. C. F. G. Meister Triga Observ. pract. de iuram. supplet.

jedoch nur subsidiarisch, wenn die Möglichkeit einer andern Beweisführung nicht vor Augen liegt [3.]; daher denn auch beyde, wenn die Beweisfrist nicht verstrichen ist, noch immer, zwar nicht durch Relation, aber durch die Gewissensvertretung vermieden werden können [4.]. Auf den ersten mufs der Richter erkennen, wenn der Producent mehr als halb, oder beynah vollständig [5.], nach der Praxis aber schon dann, wenn der Producent nur halb erwiesen hat; hat er nicht einmal halb erwiesen, so ist dem Producten der Reinigungs-Eyd aufzulegen [6.]. Beyde sind in allen Sachen, selbst unter den Protestanten, wenn sie die Trennung der Ehe bezwecken, zulässig [7.], nur nicht Ergänzungs-Eyde in peinlichen Sachen wider den Angeklagten [8.]. Verweigerung der Ableistung gilt natürlich auch hier dem Geständnifs gleich, die Ableistung hat aber nicht die Kraft des abgeleisteten angetragenen Eydes. Denn obgleich sie an sich beweist, so kann doch der Eyd wegen neu aufgefundener Instrumente, worunter jedes andre Beweismittel zu verstehen ist, angefochten werden [9.], auch findet die Appellation wider das, auf einen solchen Eyd folgende Urtheil Statt [10.].

§. 650.

D.) Schätzungseyd. Die Natur des Schätzungs-Eydes (§. 637.) ergibt sich aus folgenden Regeln [1.]: A.) wenn Jemand eine unerlaubte That arglistig, oder culpa lata begeht, so kann der Verletzte die Existenz und das Maafs des ihm zugefügten Schadens, auf eignes Verlangen durch seinen Eyd geradezu bestimmen [2.], und

et purg. (Exerc. n. 4.). [3.] L. 31. h. t. (12. 2.) L. 3. C. de R. C. (4. 1.). Mevius P. 7. Dec. 376. [4.] Stryk L. 12. T. 2. §. 16. 41. A. M. ist Danz ord. Proc. §. 363. [5.] S. not. 3. und L. 9. §. 1. C. de testib. (4. 20.) L. 20. de quaest. (48. 18.). [6.] Heineccius l. c. §. 20 – 29. Malblank doctr. §. 70. 74. C. L. Crell de iuram. supplet. quod sine probat. decern. Vit. 1751. Malblank princ. iur. Rom. §. 601. [7.] Es sind hier gleiche Gründe wie §. 647. not. 10. A. M. ist Danz ord. Proc. §. 365. [8.] L. ult. C. de probat. (4. 19.). Quistorp Beytr. 2. Th. n. 3. [9.] L. 31. h. t. (12. 2.). Stryk U. M. L. 12. T. 2. §. 39—41. Wernher lect. comm. eod. §. 50. [10.] Voet L. 12. T. 2. §. 30.

[1.] Ueberh. W. A. Lauterbach de iureiur. in lit. A. I. Turin de iuram. in lit. Erf. 1775. Wehrn doctrin. iur. expl. princ. damni etc. §. 65. [2.] L. 4. §. 4. L. 5. §. 3. h. t.

dabey, wenige Fälle ausgenommen [3.], und sofern der Verlust nicht von selbst klar ist [4.], sein singulaires Interesse (§. 251.), bis zu der gesetzlich bestimmten Grösse (§. 253. n. II.) in Anschlag bringen [5.]. Offenbar ist dieser Eyd keine Unterart des Ergänzungs-Eydes [6.], wiewohl er zuweilen einen mangelhaften Beweis ergänzen kann; das Erbieten dazu ist also der Delation des Eydes an den Gegner nicht zuwider, noch auch kann man diesen Eyd als subsidiarisch betrachten [7.]. Eine Art des Schatzungs-Eydes ist der Zenonianische, welcher von dem abgeleistet wird, dem ein andrer durch Gewalt eine Sache genommen hat [8.]. B.) Gegen den, welcher geringere Versehen beging, mufs der Schaden wo möglich erwiesen werden. Kann diefs nicht geschehen, so wird der Verletzte subsidiarisch auch zum Schätzungs-Eyde gelassen, aber nur um sein gemeines Interesse (§. 251.) zu beschwören [9.]. Eben diefs findet vermöge einer, wegen ihrer Singularität nicht auszudehnenden [10.] Vorschrift Statt, wenn der Verkäufer arglistig die Uebergabe einer Sache verzögert [11.]. Unrichtig aber ist es, wenn viele überhaupt bey unbeweglichen Sachen keine Affectionen in Anschlag gebracht, und jenen zuerst beschriebenen Eyd nicht zulassen wollen [12.]. C.) Der Eyd, welcher im Fall einer Arglist, und einer culpa lata abgeleistet werden kann, heifst iuramentum in litem affectionis; der, welcher wegen ge-

(12. 3.) L. 2. C. eod. (5. 53.) L. 5. pr. depos. (16. 3.) L. 7. pr. de admin. et peric. tut. (26. 7.). [3.] L. 33. ad L. Aquil. (9. 2.) L. 63. pr. ad L. Falcid. (35. 2.). Thomasius de pretio affect. in res fungib. non cad. cap. 3. §. 6. [4.] L. 3. pr. h. t. (12. 3.). [5.] L. 68. de R. V. (6. 1.) L. 16. §. 3 de pignor. (20. 1.). [6.] A. M. sind Tevenar Theor. d. Bew. S. 99. Malblank doctrin. §. 65. [7.] L. 71. de R. V. (6. 1.) L. 1. 2. C. h. t. (5. 53.). Leyser Sp. 146. m. 4. Berger elect. disc. for. p. 854. Pufendorf T. 3. Obs. 124. [8.] L. 9. C. unde vi (8. 4.). Struben 1. B. 93. Bed. [9.] L. 4. §. 4. L. 5. §. 3. 4. h. t. (12. 3.) L. 2. C. eod. (5. 53.) L. 1. §. 40. depos. (16. 3.). Struben 2. B. 113. Bed. Malblank doctr. §. 65. [10.] A. M. ist Cocceii L. 12. T. 3. qu. 4. 5. 6. Malblank princ. iur. Rom. §. 448. [11.] L. 4. C. de act. e. v. (4. 49.). I. F. Eisenhart de iureiur. in lit. affect. in emt. vend. cessante. Helmst. 1750. (op. n. 5.). A. M. ist J. A. Donndorf de iur. in lit. affect. in emt. vend. non cessante. Quedl. 1776. [12.] L. 68. de R. V. (6. 1.). A. M. ist Thomasius l. c. §. 33. wegen L. 48. §. 1. locati (19. 2.). Allein man mufs die Worte der Florentina: non immobilem mit

ringer Versehen Statt findet iuramentum in litem veritatis [13.]. Dafs jetzt nur noch der letzte zulässig sey [14.], kann man nicht behaupten [15.]. D.) Kommt es zur Ableistung jener Eyde, so darf der Richter vor und nachher dem Schwörenden ein bestimmtes Ziel setzen [16.]. Endlich ist E.) zu bemerken, dafs auch der Vormund, wenn er will, diese Eyde Namens des Mündels ableisten kann [17.].

§. 651.

cc.) Beweis durch Zeugen.

Durch Zeugen kann ein vollständiger Beweis geführt werden [1.], doch ist vor allen Dingen erforderlich, dafs sie fähig und unverdächtig sind [2.]. Sind sie unfähig, so wird ihre Aussage gar nicht in Betracht gezogen, und der Richter darf sie, wenn es der Product verlangt, gar nicht zulassen [3.]; verdächtige Zeugen dagegen können einige Vermuthungen begründen, und sind abzuhören, jedoch unter Vorbehalt der Ausführung der ihnen entgegenstehenden Einwendungen [4.]. Die unfähigen Zeugen sind theils absolut in allen, theils nur in gewissen Sachen verwerflich.

§. 652.

Absolut unfähige Zeugen.

Schlechthin unfähig (absolute inhabiles) sind A.) Alle Personen, welchen Ver-

vielen msptis vulg. wegwerfen. [13.] Die Terminologie der Neueren ist hier jedoch ungleich. Wehrn l. c. §. 65. [14.] wie sonst Malblank doctrin. §. 73. und nach ihm Müller Obs. 331. behauptete. [15.] Stryk L. 12. T. 3. §. 2. 10. 11. I. B. Wernher de iuramentor. varietate. Vit. 1701. §. 41. [16.] L. 4. §. 2. 3. h. t. (12. 3.) Faber coniect. L. 16. c. 16. Idem error. pragm. D. 18. E. 10. Pufendorf T. 4. Obs. 85. [17.] L. 4. pr. eod.

[1.] Ueberh. I. a. Costa Comm. ad T. C. de test. (Meermann Th. T. 1.) I. H. Felz excerpt. illustr. controv. de test. Arg. 1706. P. Farinacii Tr. de testib. Lugd. 1589. W. A. Lauterbach de testib. C. G. Hommel de testib. Viteb. 1777. [2.] Ein Register s. in Hommel rhaps. Obs. 211. [3.] cap. 7. X. de testib. et attest. (2. 20.) Lauterbach l. c. §. 37. Müller ad Struv L. 22. T. 5. Th. 38. [4.] L. 3. §. 1. 2. L. 13. L. 21. §. 3. h. t. (22. 5.) Leyser Spec. 283.

nunft und Sinne zur Beobachtung fehlen [1.]. Dahin sind juristisch auch Unmündige zu zählen [2.], und deswegen ist es denn verwerflich, wenn viele [3.] einen Mündigen über das, was er in seiner Unmündigkeit erfahren haben will, als Zeugen zulassen. B.) Alle, denen eine infamia iuris (§. 220.) anklebt [4.]. C.) Jeder, welcher peinlich angeklagt ist, oder werden soll [5.].

§. 653.

Relative Unfähigkeit.

In gewissem Betracht unfähig (respective inhabiles) sind A.) Ketzer und Abtrünnige gegen Christen [1.], eine Vorschrift, welche in Deutschland sehr zu modificiren ist [2.]. B.) Juden als Zeugen gegen orthodoxe Christen [3.], welches man aber streng juristisch jetzt für eine Antiquität ausgeben kann, wenn auch gleich der Jude unter Umständen verdächtig seyn mag [4.]. C.) Weiber als Testamentszeuginnen [5.], und D.) in eben der Maaſse, aber nicht weiter, gerichtlich erklärte Verschwender [6.], wiewohl besondere Umstände sie verdächtig machen können. E.) Layen gegen Geistliche in peinlichen Sachen [7.]. F.) Ein Zeuge wider den, welchen er peinlich angeklagt hat [8.]. G.) Der Vater in Sachen des unter seiner Gewalt befindlichen Sohns, und umgekehrt [9.]. Eben dieſs gilt H.) vom Zeugniſs des Sklaven für

[1.] L. 3. §. 5. h. t. (22. 5.). [2.] L. 19. §. 1. eod. c. 1. C. 4. q. 2. 3. [3.] I. Schierschmidt de testimon. impub. quandoque admittendo. Ien. 1760. Berger Oecon L. 4. T. 24. §. 3. n. 1. [4.] L. 3. §. 5. L. 13. D. eod. vergl. mit cap. 10. 13. 20. 54. 56. X. de testib. (2. 20.) Boehmer I. E. P. L. 2. T. 20. §. 10. [5.] cap. ult. X. eod. Boehmer l. c. §. 6—9. 11—15.

[1.] L. 21. C. de haeretic. (1. 5.) cap. 1. X. eod. (5. 7.). [2.] Boehmer l. c. §. 3. [3.] L. 21. C. cit. L. ult. C. de Iudaeis (1. 9.). [4.] Vergl. überh. Struben 3. B. 67. Bed. Malblank de iureiur. §. 23. Hofacker T. 3. §. 4460. Emminghaus ad Cocceii L. 12. T. 2. qu. 45. Wernher lect. comm. L. 22. T. 5. §. 28. [5.] L. 20. §. 6. qui test. fac. poss. (28. 1.) L. 18. de testib. (22. 5.). Ob dieſs auf andre Fälle zu erstrecken sey? läſst sich in der Lehre von Codicillen am besten erörtern. [6.] §. 6. I. de testam. ordin. (2. 20.) Müller ad Leyser Obs. 496. Köchy Medit. 1. S. n. 3. [7.] cap 14. X. h. t. (2. 20.) Boehmer l. c. §. 16. [8.] Nov. 90. cap. 7. [9.] L. 9. h. t. (22. 5.) L.

den Herrn, und des Unterthanen in Sachen des Regenten [10.], Falls nicht die Unterthanen zuvor ihrer Eydespflicht entlassen sind [11.]. I.) Alle, welche sich als Zeugen einmal haben für Geld dingen lassen, sofern von öffentlichen Verbrechen die Rede ist [12.]. In eben dieser Rücksicht K.) jeder, welcher noch nicht 20 Jahre alt ist [13.]. L.) Geistliche in Betreff dessen, was ihnen in der Beichte anvertrauet ist [14.]. M.) Alle, welchen für diesen Fall die zur Kenntnifs desselben nöthigen Sinne abgehen [15.]. Endlich N.) jeder, welcher direct, oder indirect aus der Sache Vortheil zu hoffen, oder Nachtheil zu erwarten hat [16.]. Nur mufs diefs dann, wenn das Zeugnifs abgelegt wird, noch Statt finden [17.]. Auf Gemeindeglieder pafst diese letzte Vorschrift bey Gemeindestreitigkeiten nur insofern, als sie eignen Antheil an dem Streit haben, wiewohl ihnen auch ohne diefs in der Regel ein Verdacht entgegensteht [18.].

§. 654.

Verdächtige Zeugen.

Verdächtige Zeugen (suspecti) sind z. B. alle Personen, denen eine infamia facti (§. 220.) vorgeworfen werden kann [1.]; unsre heutigen Dienstboten [2]; Freunde, Verwandten, und der Ehegatte des Producenten, und Feinde des Producten [3.], so wie oft der, welcher sich zum Zeugnifs drängt [4.]. Ein vollständiges Register der verdächtigen Zeugen ist aber unmöglich, da hier alles von den Umstän-

201. de V. S. (50. 16.). [10.] L. 6. h. t. (22. 5.) L. 3. C. eod. (4. 20.). [11.] Lauterbach l. c. §. 33. [12.] L. 3. §. 5. D. eod. [13.] L. 20. eod. [14.] cap. 2. X. de offic. et potest. iud. deleg. (1. 29.). Nur ist hier die Frage: wie weit die wirkliche Aussage in Betracht komme? streitig. Leyser Sp. 284. m. 2. Boehmer ad Carpzov pr. crim. qu. 108. Obs. 6. Hommel rhaps. Obs. 211. [15.] Stryk de iure sens. D. 2. c. 4. n. 2. D. 4. c. 4. n. 21. fgg. [16.] L. 10. L. ult. h. t. (22. 5.) L. 10. C. eod. (4. 20.) Wernher P. 2. Obs. 379. P. 5. Obs. 181. P. 7. Obs. 121. Müller Obs. 487. [17.] Wernher P. 5. Obs. 181. Carpzov L. 3. R. 92. n. 13. Berger Oec. L. 4. T. 24. §. 3. n. 6. [18.] Berger l. c. n. 5. Wernher P. 7. Obs. 121. P. 10. Obs. 369.

[1.] L. 3. pr. h. t. (22. 5.). [2.] I. G. Bauer Pr. de admittendo famulitii hodierni in favorem domini testimonio. Lips. 1756. Müller Obs. 489. [3.] L. 21. §. 3. D. eod. Pufendorf T. 1. Obs. 140. [4.] Mevius P. 5. Dec. 302.

den und dem Urtheil des Richters abhängt [5.]. Diese dem Richter gestattete Willkühr berechtigt aber denselben nicht, die von den Gesetzen für unfähig erklärten Zeugen zuzulassen [6.]. Nur dann ist ihm diefs erlaubt, wenn eine Sache ihrer Natur nach in der Regel nur durch die Personen erwiesen werden kann, welche die Gesetze für unfähig erklären, vorausgesetzt natürlich, dafs sie psychologisch einer Wahrnehmung fähig sind [7.].

§. 655.

Erfordernisse der Aussage.

Aufser der Fähigkeit und Unverdächtigkeit der Zeugen gehört aber noch zu einem vollständigen Zeugenbeweise: A.) dafs die Zeugen, wenn es die Partheyen nicht selbst erlassen, vor oder nach der Aussage auf dieselbe beeydigt werden [1.]. B.) Dafs wenigstens zwey Zeugen in ihren Aussagen [2.], und also in demselben speciellen Thatumstande übereinstimmen [3.]. Die Aussage Eines Zeugen enthält nach der Praxis nur einen halben Beweis [4.], und einen vollständigen blofs dann, wenn der Zeuge eine beeydigte öffentliche Person ist, welche über das, was zu ihren Amtsgeschäften gehört, ein Zeugnifs ablegt [5.]; doch dehnt man diefs in Praxi häufig willkührlich aus [6.]. Zuweilen sind mehr Zeugen erforderlich, nämlich drey, um einen vollen Gegenbeweis gegen eine öffentliche

[5.] L. 3. pr. §. 1. 2. eod. Tevenar Theor. d. Bew. S. 106—124. Malblank princ. §. 607. 608. [6.] Müller Obs. 486. A. M. ist Leyser Spec. 283. m. 1. [7.] L. 7. eod. L. 8. §. 6. C. de repud. et divort. (5. 17.) Canz de probabil. iurid. §. 150. fgg. Stryk L. 22. T. 5. §. 11. Pufendorf T. 1. Obs. 109. Leyser Sp. 283. m. 12. 27.

[1.] L. 9. C. h. t. (4. 20.) Wernher lect. com. L. 22. T. 5. §. 19. [2.] C. 23. 28. 47. X. h. t. (2. 20.). [3.] Vergl. E. A. Georgi de singularitate test. Arg. 1722. Struben 5. B. 71. Bed. mit Müller ad Struv L. 22. T. 5. §. 48. In den Theorien der Alten über die singularitas cumulativa ist hier aber viel Willkühr. [4.] C. C. C. Art. 34. I. C. Finke de unius test. confess. Goett. 1798. [5.] cap. 28. X. h. t. (2. 20.) vergl. mit Nov. 73. c. 6. cap. 25. X. de elect. (1. 6.) L. 5. §. 13. de reb. eor. (26. 9.) L. 21. C. ad L. Corn. de falsis (9. 22.) Mevius P. 1. Dec. 118. fgg. [6.] z. B. auf den Fall, wenn über den Tod eines Abwesenden gezeugt werden soll. Finke l. c. §. 18. Allein s. Hert de apertur.

Urkunde zu führen [7.], und fünf um die Zahlung einer schriftlich eingestandenen Schuld, über deren Rückzahlung man sich keine Quittung hat ausstellen lassen, zu beweisen [8.]. Die Lehre vom Pfandrecht, den Testamenten und Codicillen enthält auch noch einige Ausnahmen. C.) Die Zeugen, sie seyen öffentliche, oder Privat-Personen, müssen als solche nicht raisonniren, sondern den, aus eigner Wahrnehmung ihnen bekannten factischen Grund ihrer Wissenschaft angeben [9.]. Ob dieser im negativen oder positiven Wissen besteht, ist einerley, wiewohl, wo das Uebersehen denkbar ist, der positive den negativen Zeugen überwiegen muſs [10.]. Das Glauben und Meynen des Zeugen (de credulitate) sollte aber, wo es nicht wahre Vermuthungen veranlaſst, nie in Betracht kommen [11.], so wenig als das Zeugen von Hörensagen (de auditu), ausgenommen in Fällen, wo Traditionen, oder sehr alte Thatumstände den Beweissatz ausmachen [12.]. Endlich darf sich D.) derselbe Zeuge nicht in wesentlichen Punkten in seinen Aussagen widersprechen [13.]. Die Grundsätze über den Widerspruch der Zeugen unter sich gehören in die Lehre von der Collision der Beweismittel [14.].

§. 656.

Pflicht, Zeuge zu seyn.

Damit das wichtige Mittel der Beweisführung durch Zeugen nicht von der Willkühr dritter Personen abhänge, haben die Gesetze jeden Bürger die Pflicht aufgelegt sein Zeugniſs auf Verlangen zu geben [1.]. Ausgenommen von diesem Zwange sind A.) diejenigen, welchen gesetzlich verboten ist, etwas zu entdecken, wie z. B. Geistliche in Betreff des-

testament. Sect. 1. §. 14. [7.] cap. 10. X. de fide instrum. (2. 22.). [8.] L. 18. C. de testib. (4. 20.) Auth. Rogati C. eod. c. 2. 3. C. 4. qu. 2. [9.] L. 4. C. eod. cap. 27. X. h. t. (2. 20.) I. S. Brunquell de ratione dicti testium. §. 8 — 22. (op. T. 2. n. 17.). [10.] Vergl. Brunquell l. c. §. 23. Boehmer I. E. P. L. 2. T. 19. §. 19. Struben 1. B. 77. Bed. Müller Obs. 499. 500. [11.] Viele gehen hier weiter. Cons. Tubing. V. 2. C. 100. n. 10. [12.] cap. 5. 47. X. h. t. (2. 20.) cap. 13. X. de probat. (2. 19.) Mevius P. 7. Dec. 41. Beckmann or. Cons. T. 2. D. 83. [13.] cap. 9. X. de probat. (2. 19.) Canz l. c. §. 147. [14.] S. unten §. 667 — 671.

[1.] L. 16. 19. C. h. t. (4. 20.) cap. 51. X. h. t. (2. 20.).

sen, was sie aus der Beichte wissen [2.], und Anwälde in Ansehung der Thatumstände, welche ihnen ihr Client anvertrauet hat [3.]. Auch werden B.) nahe Verwandte, Ehegatten, und Verlobte nicht zum Zeugnifs gegen nahe Verwandte gezwungen [4.], wovon jedoch die Praxis, freylich zum Theil sehr willkührlich, eine Ausnahme macht, wenn der Zeuge beyden Theilen gleich nahe verwandt ist, oder nur durch ihn die Wahrheit erhalten werden kann [5.]. Der producirte Zeuge kann aber auch von dem Producenten Schadloshaltung verlangen [6.].

§. 657.

dd.) Beweis durch Augenschein und Kunstverständige.

Der Beweis durch Augenschein, Besichtigung und Kunstverständige [1.] hat das Besondere, dafs der Richter hier von Amtswegen, oder auf Bitten eines, oder beyder Theile verfahren kann [2.]. Die Personen, welche zur Besichtigung oder Beurtheilung vom Richter und beyden Theilen gewählt werden, müssen natürlich, wie der Zeuge, fähig und unverdächtig, und mit den nöthigen Kenntnissen versehen seyn [3.], auch auf das ihnen anvertraute Geschäft beeydet werden [4.]. Die Kosten trägt der bittende Theil, oder, wenn von Amtswegen verfahren wird, der, zu dessen Besten die Untersuchung gereicht [5.]. Etwas besonderes liegt hier auch darin, dafs die Partheyen, wenn sie mit dem Ausspruch der Kunstverständigen unzufrieden sind, eine neue Prüfung andrer Sachverständiger gleichsam in höherer Instanz verlangen können [6.].

[2.] cap. 2. X. de offic. et potest. iudic. deleg. (1. 29.). [3.] Stryk L. 22. T. 5. §. 6. Berger oecon. L. 4. T. 24. §. 4. [4.] L. 4. 5. h. t. (22. 5.). [5.] Carpzov P. 1. C. 16. Def. 51. Lauterbach Coll. L. 22. T. 5. §. 29. 31. Stryk eod. §. 11. Leyser Spec. 283. m. 27. [6.] L. 11. L. 16. §. 1. C. h. t. (4. 20.) cap. 11. in fin. de rescript. in 6. (1. 3.).

[1.] Ueberh. Gönner Handb. d. Proc. 2. B. n. 35. [2.] S. oben §. 631. 634. [3.] Gönner iur. Abh. 2. B. n. 22. Quistorp Bem. 1. B. n. 109. [4.] Carpzov P. 1. C. 22. Def. 12. Mevius P. 6. Dec. 160. [5.] Danz ord. Proc. §. 342. not. a. [6.] Man gründet diefs auf L. 76. 77. 80. pro socio (17. 2.) L. 30. de oper. libertor. (38. 1.) Claproth ord. Proc. §. 357. Gönner Handb. 2. B. n. 35. §. 28.

§. 658.

ee.) Beweis durch Urkunden.

Die Lehre von dem Beweise durch Urkunden [1.] beruhet grofsentheils auf einer Anwendung der bisher über Geständnifs und Zeugenbeweis aufgestellten Grundsätze. Im eigentlichen allgemeinen Sinn werden unter Urkunden (instrumenta, documenta) alle leblosen Dinge verstanden, woraus die Existenz eines Thatumstandes geschlossen werden soll [2.]. Gewöhnlich pflegt man aber den Begriff derselben blofs auf Scripturen zu beschränken.

§. 659.

Oeffentliche Urkunden.

Jede Urkunde enthält ein Zeugnifs. Rührt diefs von einer öffentlichen Person her, so nennt man die Urkunde eine öffentliche (inst. publicum), ist hingegen der Verfasser eine Privat-Person, so heifst sie eine Privat-Urkunde (instrumentum privatum). Die ersten enthalten, wenn sie in der gehörigen Form abgefafst sind, einen vollen Beweis des bezeugten Thatumstandes [1.]; ob aber dieser Beweis für diesen Rechtsstreit etwas entscheide, hängt von der rechtlichen Natur dieses Thatumstandes, nämlich davon ab, ob der bezeugte Thatumstand an sich betrachtet, dem Producenten Rechte ertheile, und den Producten verpflichte [2.]. Zu diesen öffentlichen Urkunden gehören z. B. gerichtliche Protocolle [3.], Instrumente und Protocolle der Notare [4.]; Zeugnisse ei-

[1.] H. Donellus de fide instrumentorum (in op. prior.) L. ab Ariano de instrum. fide et productione. Venet. 1584. I. Vitus de probatione quae fit per instrumenta. Erf. 1703. G. L. Crell de fide instrum. inprimis publicor. Viteb. 1738. G. Krekemeyer de instrumenti definit. divis. fide, recogn. et diffess. Goett. 1743. Weigel de fide instrum. Ien. 1758. [2.] Claproth ord. Proc. §. 238. Im allgemeinsten Sinn begreift das Wort instrumenta auch Zeugen. L. 1. de fide instrum. (22. 4.).

[1.] cap. 2. X. de fide instrum. (2. 22.). Sie dürfen also auch nicht in Folle abgefafst seyn. L. 4. C. de testibus (4. 20.) Hartleben med. V. 1. P. 1. Spec. 11. m. 13. Struben 2. B. 59. Bed. [2.] Voet L. 22. T. 6. §. 8. Leyser Spec. 274. m. 1. vergl. mit Spec. 275. m. 4. [3.] Ueber ihre Erfordernisse s. cap. 11. X. de probat. (2. 19.) S. Stryk de iure protocolli. [4.] Deren Erfordernisse s. in der Not. Ordn.

nes darauf beeydigten Geistlichen [5.]; öffentliche Steuer- und Lagerbücher [6.]; Zunftbücher in Zunftsachen [7.]; Keineswegs aber Instrumente, welche sich in einem öffentlichen Archiv finden, sofern sie nicht an sich selbst beweisend sind [8.].

§. 660.

Privat-Urkunden.

Privat-Urkunden beweisen nach allgemeinen Grundsätzen nur in folgenden Fällen: A.) wenn der, wider welchen sie benutzt werden, sich selbst darauf berufen hat [1.]. B.) Wenn sie eine Willenserklärung dessen enthalten, welcher insofern, als er seinen Willen erklärte, rechtliche Verhältnisse zu bestimmen befugt war. Verlangen die Gesetze bey einer solchen Erklärung zugleich, daſs eine gewisse Form beobachtet sey, so darf diese denn gleichfalls nicht fehlen [2.]. Ferner beweist C.) jede Handschrift wider den Aussteller derselben, insofern er etwas darin zu seinem Nachtheil bekannt hat, nur muſs er fähig gewesen seyn, sich durch ein Bekenntniſs zu verpflichten [3.]. Auſserdem müssen Schuldscheine, um einen Beweis zu wirken, den speciellen, erlaubten Grund der Verbindlichkeit angeben (instrumenta discreta). Geben sie bloſs die Schuld, aber nicht deren Grund an (instrumenta indiscreta): so muſs der Producent den Grund besonders erweisen [4.]. Endlich kann 4.) eine Privat-

v. 1512. Wernher lect. comm L. 22. T. 6. §. 4. 5. [5.] Boehmer I. E. P. L. 2. T. 22. §. 2. [6.] Boehmer l. c. §. 3. Malblank princ. §. 602. [7.] Struv synt. L. 22. T. 4. §. 28. [8.] Weiter läſst sich aus Nov. 49. c. 2. §. 2. und c. 1. C. 30. qu. 1. nichts schlieſsen. Wernher l. c. §. 3. A. M. sind viele mit Leyser Spec. 266. m. 2. 3. 4. Schröter verm. jur. Abh. 2. B. S. 192. fgg. S. auch Layritz de auctoritate diplomat. ex archivo desumtor. Altorf. 1796.

[1.] L. 24. 26. de constit. pecun. (13. 5.) L. 26. §. ult. depos. (16. 3.) cap. 2. X. de fide instrum. (2. 22.). [2.] Man denke hier z. B. an Vollmachten eines Anwalds, Testamente, und Codicille. [3.] L. 25. §. ult. de probat. (22. 3.) vergl. mit §. 636. [4.] L. 25. §. 4. de probat. (22. 3.) Müller ad Leyser Obs. 293. Weber Beytr. zu den Kl. u. Einr. 2. 3. St. S. 79. fgg. Eine hinlängliche Angabe der caussa debendi ist das Bekenntniſs, daſs man etwas zu restituiren habe. L. 27. eod. L. 26. §. ult. depos. (16. 3.) Manche willkührliche Ausnahmen macht Wernher lect. comm. L. 12. T. 1. §. 20. Boehmer I. E. P. L. 22. T. 22. §. 10. Stryk L. 22. T. 4.

Handschrift, worin etwas zum Nachtheil eines Dritten bekannt wird, auch wider diesen beweisen, aber natürlich nur so weit, als er die Handlungen des Ausstellers gelten lassen muſs [5.]. Sonst beweisen Urkunden nichts wider den Dritten [6.], selbst dann nicht, wenn sie sogenannte instrumenta quasi publica, d. h. von drey Zeugen unterschrieben sind [7.], oder ein hohes Alter haben, wiewohl das Alterthum den Richter veranlassen kann und muſs, in Betreff der äuſsern Form nicht die ganze Genauigkeit des jetzigen Formularwesens zu fordern [8.].

§. 661.

Ausnahmen. Aus Privat-Urkunden, welche nach der Strenge nicht beweisen, können indeſs immer Vermuthungen entstehen, welche in eben dem Maaſs stärker seyn müssen, als der Verdacht einer Verfälschung der Wahrheit geringer ist. Aus diesem Grunde enthalten denn Annotationen der Aeltern in Hausbüchern Gründe zu Vermuthungen, aber keinen vollen Beweis wider einen Dritten, selbst nicht wider die Kinder [1.], wenn sie nicht die Form eines letzten Willens haben, und ihr Inhalt als Bekenntniſs oder Befehl für die Kinder als Erben verpflichtend wird [2.]. Allenfalls von dieser Seite lieſse sich etwas für die, in Deutschland an den mehrsten Orten bestehende Gewohnheit [3.] sagen, Kraft welcher ein Kaufmann, d. h. je-

§. 1. [5.] S. oben §. 636. [6.] L. 5. 6. C. de probat. (4. 19.) cap. 2. X. de fide instr. (2. 22.). [7.] Die gemeine Theorie setzt sie wegen L. 11. C. qui potior. in pignor. (8. 18.) den publicis gleich. Claproth ord. Proc. §. 236. Martin Lehrb. d. Proc. §. 161. Allein ganz irrig. Etwas dawider findet sich schon in Gönner Handb. 2. B. n. 36. §. 3. [8.] Vergl. Gail L. 2. Obs. 149. mit Leyser Sp. 261. m. 7. Hommel rhaps. Obs. 291. Struben 1. B. 73. Bed.

[1.] L. 16. L. 29. de probat. (22. 3.) Wernher lect. comm. L. 37. T. 6. §. 14. Müller Obs. 639. Hofacker princ. T. 3. §. 4461. 4527. A. M. sind ohne hieher gehörige Gesetze Mevius P. 4. Dec. 233. Leyser Spec. 410. m. 2. 4. und vermöge eines, die Grundsätze über den Pflichttheil ganz umstoſsenden Grundes Hellfeld iur. for. §. 1166. [2.] L. ult. C. fam. hereisc. (3. 36.) Hieher gehört auch die eydliche Angabe des Vermögens von Seiten des Vaters. Nov. 48. c. 1. [3.] Ueber deren Ursprung s. Huber prael. L. 22. T. 4. §. 19.

der, welcher mit Waaren oder eignen Fabricaten handelt [4.], sofern er kein leichtsinniger Banquerottirer ist [5.], durch seine Hauptbücher [6.] einen halben Beweis führt, welchen er durch den Ergänzungs-Eyd vollständig machen kann [7.]. Auch den jüdischen Kaufleuten muſs man dieſs Privilegium gegen Christen gestatten, sofern es überhaupt an einem Orte eingeführt ist [8.].

§. 662.

Originale, Copeyen.

Damit aber die bisher als überhaupt beweisend angegebenen Urkunden gegen den Producten, auch wider dessen Willen benutzt werden können, ist noch besonders erforderlich A.) daſs sie Originale, und keine Copeyen sind, doch machen die beglaubigten Copeyen (vidimatae, authentisatae) eine Ausnahme, insofern die sie ausstellende Person durch Zeugniſs oder Urtheil die Existenz des Originals bewahrheiten konnte [1.]. Alsdann muſs B.) die Urkunde durch sich selbst klar seyn. Bezieht sie sich auf eine andre (documentum referens), ohne den Inhalt der letzten (des documenti relati) anzugeben, so kommt sie nicht in Betracht [2.]. Endlich dürfen C.) Schrift und Papier keine offenbaren Zeichen einer, die wesentlichen Punkte betreffenden Verfälschung an sich führen [3.].

§. 663.

Beweiskraft der Urkunden.

Ist eine Urkunde von der bisher beschriebenen Art, so enthält sie einen unmittelbar vollen Beweis, jedoch kann durch an-

Heineccius de libris mercator. foro cedent. (op. var. syll. n. 14.). G. Blachard de probat. per libros mercator. Colon. 1786. I. N. Schaffhausen de probat. per libr. mercator. Goett. 1795. Runde Beytr. zur Erl. rechtl. Gegenst. 1. B. n. 15. [4.] Heineccius l. c. §. 32. Müller Obs. 184. [5.] Heineccius §. 20. 21. [6.] Nicht durch die Kladden oder Journale. Hofacker l. c. §. 4460. [7.] Müller Obs. 481. [8.] A. M. ist Heineccius §. 31. Allein s. §. 653. nr. B.

[1.] Hellfeld de probat. per exempla (op. n. 16.) Müller Obs. 461. Struben 5. B. 48. 102. Bed. Pufendorf T. 3. Obs. 110. [2.] L. 24. de probat. (22. 3.) L. 14. C. h. t. (4. 21.) L. 1. §. 1. de his quae in test. delent. (28. 4.) Notar. Ordn. v. 1512. §. 18. S. überh. Claproth ord. Proc. §. 234. 235. 241. [3.] Nov. 119. c. 3. Leyser Spec. 264.

dre Beweismittel das Gegentheil dargethan werden. Es bedarf aber dieser Satz noch folgender Limitationen: A.) Gegen keine Urkunde kann durch Eydesantrag ein eigentlicher Gegenbeweis (§. 633.) geführt werden, die Urkunde sey eine öffentliche [1.], oder eine Privat-Handschrift [2.]. In welchem Verhältniſs Urkunden zu andern Beweismitteln stehen, ergeben die Grundsätze (§. 667.) über die Collision der Beweise.

§. 664.

Ausnahmen bey der Exc. n. n. p.

Besonders merkwürdig ist B.) die Vorschrift, daſs einige Urkunden unmittelbar, sofern der Product ihren Inhalt leugnet, nichts beweisen, aber nach einer gewissen Zeit so unumstöſslich, daſs der Product nicht einmal einen directen Gegenbeweis dagegen führen kann. Wenn nämlich Jemand in einer Handschrift (den einzigen Fall des depositi ausgenommen, in Rücksicht dessen es bey den allgemeinen Grundsätzen bleibt) bekennet, Geld, oder andre Sachen [1.] empfangen zu haben, und zwar auf die Handschrift, nicht aber vor Ausstellung derselben [2.]: so beweist die Handschrift innerhalb der ersten zwey Jahre, sofern der Aussteller sich mit der exceptio non numeratae pecuniae schützt, nichts wider denselben, es sey denn, daſs der Producent auf andre Art die Zahlung erweisen könnte [3.]. Vor dem Ablauf dieser

[1.] Die Behauptung dieses Satzes hat Danz ord. Proc. §. 45. Die Gründe dafür s. in der folgenden Note. A. M. ist überhaupt C. W. Strecker de iurisiur. delat. quatenus sit contra registratur. iudicial. admitt. Erf. 1731. cap. 3. 4. Geiger Rechtsf. 1. B. n. 11. S. 202. fgg. und in Ansehung der vom Producten nicht mit unterschriebenen Protocolle. Berger oec. L. 4. T. 6. a. E. [2.] Vertheidiger dieser Behauptung sind Meurer jur. Abh. und Beob. 1. S. 2. Aufs. 1. Cap. Gönner Handb. 2. B. n. 36. §. 12.. Aus den Gesetzen getraue ich mich, beyde widerlegen zu können; aber die einmal eingeführte Gewissensvertretung (§. 648.) entscheidet hier alles.

[1.] L. 14. §. 1. 2. C. de N. N. P. (4. 30.) Meurer a. a. O. 2. Aufs. §. 16 — 24. A. M. ist Höpfner Comm. §. 855. [2.] L. 5. L. 13. C. eod. Meurer a. a. O. §. 25 — 38. Davon ist auch L. 1. C. de cond. ob turp. causs. (4. 7.) als unbestimmtes Fragment nach den übrigen Gesetzen zu verstehen. [3.] z. B. durch eine neue Handschrift, ein Bekenntniſs im Testament, bewiesene Zinszahlung u. dgl. L. 4. L. 22. C. ad

Zeit kann auch der Aussteller seine Handschrift zurückfordern [4.], oder sich durch eine, bey der Obrigkeit eingelegte Protestation gegen die Beweiskraft derselben auf immer sicher stellen [5.]. Hat aber der Empfänger der Handschrift dieselbe zwey Jahre ungestört besessen, so beweist sie so stark, dafs sie durch keinen directen Gegenbeweis umgestofsen werden kann [6.], es sey denn, dafs der Producent den Nichtempfang, und zugleich den bösen Glauben des Producenten beweisen könnte [7.]. In Rücksicht der Quitungen, und der Handschrift, worin der Schwiegersohn eine Brautgabe empfangen zu haben bekennt, gelten im Wesentlichen dieselben Grundsätze, nur mit der Abweichung, dafs der, die unumstöfsliche Beweiskraft verschiebende Termin bey Quitungen auf 30 Tage verengt [8.], bey dem Schein über den Empfang der Brautgabe aber unter mancherley Unterscheidungen erweitert ist [9.]. Die Argentarien, welche aber bey uns nicht mehr existiren, waren bey den Römern so privilegirt, dafs sie aus Handschriften und Quitungen einen unwiderleglichen Beweis führen konnten [10.]. Die Klage, welche aus einer Handschrift, nach dem Zeitpunkt, bis zu welchem sie unbeweisend ist, angestellt wird, heifst condictio ex chiragrapho [11.], sofern sie nämlich nicht auf Zurückforderung des Eigenthums des Klägers gerichtet ist [12.].

§. 665.

Bewahrheitung der Urkunden.

Der Product braucht sich auf keine gegen ihn producirte Urkunde einzulassen, welche nach dem bisherigen unbeweisend, oder für diesen Rechtsstreit durch ihren Inhalt uner-

SCt. Velleian (4. 29.) L. 4. L. 13. C. de N. N. P. (4. 30.). [4.] L. 7. C. eod. [5.] L. 8. L. 9. §. 4. C. eod. [6.] Tit. I. de litterar. oblig. (3. 22.) L. 14. §. 2. 3. C. de N. N. P. (4. 30.) Schmidt Comm. über s. Vat. Lehrb. v. d. Kl. 4. Th. §. 13—42. A. M. ist Meurer a. a. O. §. 39—74. und Köchy Med. 1. S. n. 13. wegen L. 2. L. 10. C. eod. L. 1. C. de cond. ob. turp. causs. (4. 7.). [7.] Vermöge der neueren Grundsätze in cap. ult. X. de praescr. (2. 26.) Höpfner §. 858. [8.] L. 14. §. 1. 2. C. de N. N. P. (4. 30.). [9.] Nov. 100. c. 1. 2. Ganz a. M. ist Voet L. 23. T. 3. §. 17. Meurer a. a. O. §. 39—74. zum Theil Pufendorf T. 1. Obs. 65. [10.] L. 14. §. 2. C. l. c. Nov. 135. c. 5. [11.] §. un. I. de literar. obl. (3. 22.). [12.] §. 14. I. de act. (4. 6.).

heblich ist [1.]. Findet aber beydes nicht Statt, so ist der Beweis vollendet, sobald die Beweiskraft der Urkunde gerichtskundig geworden ist. Bey öffentlichen Urkunden wird dieſs durch Verlegung derselben bewirkt, welche jedoch dem Producten (zur Agnition), um seine Gerechtsame wahrzunehmen, vorgelegt werden müssen [2.]. Privat Urkunden hingegen muſs der Product als ächt anerkennen (recognosciren), oder durch eydliches Ableugnen (Diffessions-Eyd) als unächt darstellen, wenn nicht, wegen seiner Weigerung, die Aechtheit als erwiesen angenommen werden soll [3.], nur darf er, sofern er keinen Betrug zu erweisen vermag, den Inhalt nicht eydlich ableugnen, wenn er die Unterschrift, oder sein Siegel anerkannt hat [4.]. Durch die Recognition verliert aber der Product eben so wenig seine Einreden, und den Gegenbeweis gegen die anerkannte Urkunde [5.], als ihn die Verpflichtung zum Diffessions-Eyde, auf den Fall, daſs er die Urkunde nicht anerkennen will, unbedingt zur Ableistung dieses Eydes verbindet, indem er Statt desselben die Unächtheit auf andre Art darthun kann [6.], wiewohl nicht, da dieser Eyd kein vom Producenten zugeschobener ist, durch Zurückschiebung des Diffessions-Eydes [7.]. Will der Product diesen Eyd, welcher nachher nur als Meineyd angefochten werden kann [8.], ableisten, so steht es dem Producenten auf der andern Seite frey, die Ableistung desselben durch einen andern Beweis der Aechtheit der Urkunde abzuwenden [9.], und zwar a.) durch Schriftvergleichung (comparatio litterarum) d. h. durch eine, von Kunstverständigen anzustellende Untersuchung der Uebereinstimmung der producirten Hand-

[1.] Carpzov P. 1. c. 17. Def. 25. [2.] Gönner Handb. 2. B. n. 36. §. 9. [3.] Die Pflicht zur Recognition gründet sich auf den Gesetzen L. 25. §. ult. de probat. (22. 3.) Bardili de recogn. instrum. §. 34. 35. Der Diffessions-Eyd aber im Wesentlichen auf der Praxis. Malblank de iureiur. p. 180. fgg. [4.] L. 17. C. de fide instrum. (4. 21.) L. 13. C. de N. N. P. (4. 30.) cap. 14. X. de fide instr. (2. 21.) I. H. Boehmer de iure et auctor. sigilli auth. c. 3. (Exerc. T. 4.). Gönner a. a. O. §. 12. [5.] L. 3. L. 14. C. de fide instrum. (4. 21.) L. 14. C. de contr. vel comm. stip. (8. 38.). [6.] Danz ord. Proc. §. 334. [7.] Gönner a. a. O. §. 13. [8.] Walch de instrumentor. post. iurat. eorum diffessionem fide (op. T. 3.). [9.] L. 16 pr. C. h. t. (4. 21.) Nov. 73. c. 3. Berger de modis declinandi recogn. et diffession. in-

schrift mit andern vorgelegten, vom Producten ausgemacht herrührenden Handschriften [10.]; oder b.) vermittelst einer Zeugenanerkennung der Urkunden (recognitio documenti per testes), wenn er nämlich Zeugen stellt, welche aus dem Gedächtnifs bekräftigen, dafs die Schriftzüge der producirten Handschrift mit den, ihnen aus Erfahrung bekannten [11.] Schriftzügen des Producten übereinstimmen; oder endlich c.) mittelst eines Beweises der Richtigkeit der Urkunden durch Zeugen (probatio documenti per testes), wenn er Zeugen beybringen kann, welche auszusagen vermögen, dafs der Product die Handschrift vor ihren Augen unterschrieben, oder (versteht sich in einer Lage, wo das Bekenntnifs bindet) dessen Ausstellung bekannt habe [12.]. Das letzte Mittel beweist, wenn den Zeugen nichts vorzuwerfen ist, vollständig; die beyden ersten aber erzeugen, wenn die Schriftzüge des Producten nicht einzig in ihrer Art sind, nur Vermuthungen, welche nach Umständen das Erkenntnifs auf den Ergänzungs- oder Reinigungs-Eyd begründen [13.].

§. 666.

Verlust derselben.

Ist ein Document verloren gegangen, so verliert der, welcher sein Recht dadurch beweisen konnte, dieses Recht nicht, wenn er im Stande ist, dasselbe auf andre Art darzuthun [1.]. Hat der Product das Document widerrechtlich vernichtet, und ist der Inhalt sonst bekannt, so ist derselbe als bewiesen anzunehmen [2.], sonst aber mufs ihn der Producent beschwören. Kann dem Producten nichts vorgeworfen werden, so ist auf die Umstände Rücksicht zu nehmen, und darnach zu bestimmen, ob ein Erfüllungs-Eyd zu gestatten sey, oder nicht [3.].

strum. Vit. 1701. [10.] I. G. S. A. Büchner de probat. per literar. recognit. Goett. 1779. [11.] So läfst sich Danz §. 339. gegen Gönner a. a. O. §. 15. vertheidigen. [12.] Bardili l. c. §. 44. [13.] L. 16. C. h. t. (4. 21.) Nov. 73. c. 1. 4. Hofacker princ. T. 3. §. 4462. Gönner §. 16.

[1.] L. 1. 5. 7. 8. 10. C. h. t. (4. 21.) H. Hermann de eo quod iust. est circa instrum. amiss. Duisb. 1719. [2.] L. 20. C. eod. [3.] Ueberh. Leyser Sp. 282. Wernher P. 6. Obs. 252.

§. 667.

c.) Collision der Beweismittel.

Ist eine Collision der Beweismittel vorhanden [1.], so muſs man zwey Hauptfälle unterscheiden, nämlich entweder collidiren der Beweis und Gegenbeweis, oder die für jeden derselben, einzeln betrachtet, gebrauchten Mittel. Da bey dem Beweise durch Kunstverständige (§. 657.) die Wahl beyder Theile ein gemeinschaftliches Beweis- und Gegenbeweismittel hervorbringt: so entsteht hieraus ein dritter gemischter Fall. Für alle diese Fälle sind zuvörderst folgende allgemeine Regeln zu merken: A.) collidiren gleiche Beweismittel einer Art und Güte, so vernichten sie sich, doch gibt die gröſsere Menge ein Uebergewicht [2.]. B.) Was Augenschein und Kunstverständige, als das offenbar untrüglichste Mittel bewahrheiten, muſs das, durch andre Mittel dargethane, als **falsch** darstellen. C.) Wo gegen den Eyd und das Geständniſs ein Gegenbeweis durch andre Beweismittel zugelassen wird [3.], da enthalten diese, eben deswegen, wenn ihnen an sich nichts fehlt, eine vollständige **widerlegende** Entkräftung jener. D.) Genügende Aussagen beeydigter Zeugen gegen ein Document bringen keinen Stillstand, sondern den Beweis der Falschheit des Documents hervor [4.], nur muſs nach §. 655. die gehörige Zahl der Zeugen da seyn. Gegen eine eydlich bestärkte Handschrift läſst sich aber mit Zeugen nichts ausrichten [5.]. E.) Oeffentliche Handschriften beweisen die Unwahrheit einer, ihnen entgegenstehenden Privat-Handschrift, da die letzte durch zwey, jene aber nur durch drey Zeugen als unwahr dargestellt werden können [6.].

§. 668.

Fortsetzung.

Collidiren nun I.) die Beweismittel desselben Producenten [1.]: so kann man keine

[1.] Ueberh. I. H. **Boehmer** de collis. probat. (Ex. T. 4.) **Dessen** I. E. P. L. 2. T. 19. §. 14 — 38. Tit. 23. §. 7. 8. Tit. 24. §. 59. fgg. **Donndorf** auserl. jur. Abh. n. 15. H. C. E. **Kölle** über die Collision der Beweise. Leipz. 1794. [2.] vorausgesetzt natürlich, daſs alles sonst gleich ist. L. 21. §. 3. de testib. (22. 5.). [3.] S. oben §. 636. 646. 649. [4.] L. 14. C. de contr. vel comm. stip. (8. 38.) Nov. 73. c. 3. [5.] L. 3. C. si minor. se maior. dix. (2. 43.). [6.] cap. 10. X. de fide instrum. (2. 21.).

[1.] Ich verstehe hier darunter den Producenten und Repro-

andre, als die einfache Regel annehmen: das Widerstreitende hebt sich gegenseitig auf, so weit es gleich ist. Bleibt dann noch etwas positives übrig, so kann diefs der Product, wenn es dem Producenten nachtheilig ist, zu seinem Vortheil benutzen [2.]; ist aber der Ueberschufs dem Producenten günstig, so beweist er nach seiner Stärke für denselben. Sagen also 5 Zeugen für, 4 wider den Producenten aus, so entscheiden jene nicht durch Stimmenmehrheit, sondern das Facit ist Ein günstiger Zeuge [3.].

§. 669.

Fortsetzung.

Collidiren II.) Beweis und Gegenbeweis, so unterscheide man 1.) der Beweis collidirt mit dem eigentlichen Gegenbeweise (§. 633.). Dann treten die einfachen Grundsätze ein: Gleiches hebt sich; und: der stärkere überwiegt den schwächern [1.]. Verbunden mit der Regel, dafs der Beweisführer abzuweisen ist, wenn er nichts beygebracht hat [2.], ergeben sich daraus folgende Resultate: A.) Wenn der Beweis den Gegenbeweis nicht überwiegt (also der letzte stärker ist, beyde gleich stark, oder schwach sind): so wird gradezu wider den Beweisführer erkannt. B.) Ist der Beweis stärker, so erkennt der Richter a.) für den Beweisführer, wenn der Beweis vollständig; b.) auf den Erfüllungs-Eyd wenn er nicht ganz, aber wenigstens halb; c.) auf den Reinigungseyd aber, wenn er nicht einmal halb ist [3.].

§. 670.

Fortsetzung.

Ist aber 2.) zwischen dem Beweise und uneigentlichen Gegenbeweise eine Collision: so unterscheide man A.) der letzte ist vollendet (und der Beweis auch, oder nicht). Dann ist vom Beweise

ducenten. [2.] Klüber Bibl. 3. B. S. 54. [3.] vergl. hier Struv synt. L. 22. T. 5. §. 48.

[1.] L. 38. de re iudic. (42. 1.) cap. 3. de probat. (2. 19.). [2.] denn die §. 649. genannten Eyde setzen stets etwas bewiesenes voraus. [3.] S. überh. I. C. Koch de eo quod iustum est circa delat. iuram. litis decis. Giess. 1773. §. 30. fgg. Danz ord. Proc. §. 259. Gönner jur. Abh. 1. B. n. 5. Dessen Handb. 2. B. S. 378. 79.

nicht weiter die Rede, und es wird für den Gegenbeweisführer erkannt. B.) Nur der Beweis ist vollendet. Dann ist in Betreff des Gegenbeweises auf den Erfüllungs- oder Reinigungs-Eyd zu sprechen. Wird der erste abgeleistet oder verweigert, so siegt oder verliert der Reproducent; wird der letzte abgeleistet, oder verweigert, so siegt oder verliert der Producent. C.) Beyde sind unvollständig. Hier sind mehrere Fälle möglich, nämlich a.) beyde sind wenigstens halb geführt. Ist diefs, so erkennt der Richter erst dem Gegenbeweisführer den Erfüllungs-Eyd zu. Leistet er ihn, so siegt er. Verweigert er ihn, so mufs der Producent den Erfüllungs-Eyd schwören. Sind aber b.) beyde nicht einmal halb, so ist zuerst dem Producten der Reinigungs-Eyd aufzulegen. Leistet er ihn, so ist er freyzusprechen. Verweigert er ihn aber, so mufs sich der Reproduct eydlich reinigen. Ist endlich c.) der eine wenigstens halb, der andre nicht einmal halb geführt, so ist entweder A.) der Beweis der Bessere. Dann mufs der Richter zugleich dem Beweisführer als Producenten den Erfüllungs-, als Reproducten den Reinigungs-Eyd auflegen. Schwört er beyde, so siegt er; verweigert er auch nur Einen, so ist er abzuweisen. Ist aber B.) der Gegenbeweis der bessere, so ist zuerst dem Reproducenten als solchem der Erfüllungs-Eyd aufzulegen. Schwört er ihn, so siegt er; will er ihn aber nicht leisten, so ist ihm, als Producten, der Reinigungs-Eyd aufzulegen, auf dessen Ableistung ein befreyendes, auf dessen Verweigerung aber ein verurtheilendes Erkenntnifs folgt [1.].

§. 671.

Beschlufs. Was endlich III.) den Beweis durch Kunstverständige betrifft so ist 1.) wenn sie in den Summen uneinig sind, durch Ziehung der Mittelzahl das Resultat zu bilden [1.]. Sind sie aber 2.) auf andre Art uneinig, so entscheidet die Pluralität der Stimmen, ohne dafs der Richter befugt ist, der Minorität, weil sie etwa bessere Gründe für sich hat, zu folgen [2.]. Sind

[1.] S. überh. Koch l. c. §. 28. Danz §. 258. Gönner Handb. 2. B. S. 393 – 402.

[1.] Claproth ord. Proc. §. 311. Gönner Handb. 2. B. n. 55. §. 30. [2.] L. 1. pr. de inspic. ventre (25. 4.) Gönner

aber 3.) die Stimmen gleich, so bindet kein Gesetz das Urtheil des Richters, und er kann, wenn er Kenntnisse dazu hat, dem der Sache am angemessensten Ausspruch folgen; sonst aber mufs er freylich durch den Ausspruch andrer Kunstverständigen sein Urtheil leiten lassen [3.].

§. 672.

d.) Beweisführung. Feyerliche Bescheinigung.

Die Führung des Beweises mufs durch die bisher genannten Mittel in einer gewissen Form geschehen, doch läfst sich darüber nichts allgemeines angeben, weil hierin die Verfahrungsart in feyerlichen, und summarischen Procefs (§. 522.) sehr von einander abweicht. Dort wird denn der Beweis ein feyerlicher (solennis), hier Bescheinigung (demonstratio) genannt. Eigentlich sollte bey dem letzten in der Regel blofs die Förmlichkeit abgekürzt seyn [1.]; aber die Praxis läfst hier, wenigstens in höchst eiligen Fällen, auch im Wesen des Beweises vieles nach, nur sucht man vergebens nach einem Princip, woraus sich bestimmen liefse, wie weit die Unvollkommenheit hier gehen dürfe [2.].

§. 673.

III.) Verhältnifs Dritter zu einem Rechtsstreit.

Was das Verhältnifs dritter Personen in Rücksicht der, von andern geführten Rechtsstreitigkeiten betrifft, so ist es 1.) eine Hauptregel, dafs sie den Gang des Processes durch keine eigenmächtigen Handlungen stören dürfen. Erlauben sie sich dergleichen, so sind sie dem, welcher dadurch etwas im Procefs verliert, zur Entschädigung verantwortlich. Kann diese nicht von ihnen geleistet werden, so wird der, dem sie schadeten, gegen die, im Procefs wider ihn verhängten Nach-

iur. Abh. 2. B. n. 22. A. M. ist Danz ord. Proc. §. 356.
[3.] Danz a. a. O. Abweichend zum Theil ist Gönner a. a. O. und in dem Handb. d. Proc. n. 35. §. 31 — 33.

[1.] Clem. 2. de Verb. singn. (5. 11.) I. H. Boehmer de vero usu remed. possessor. ordinar. et summar. cap. 1. §. 5 — 7. (Exerc. T. 5.). Gönner jur. Abh. 2. B. n. 41. [2.] Vergl. Danz ord. Proc. §. 244. Dessen summar. Proc. §. 7. Leyser Spec. 249. m. 2. Cocceii L. 22. T. 5. qu. 8. Claproth ord. Proc. §. 298.

theile restituirt [1.]. Alsdann ist es 2.) Hauptgrundsatz, daſs dritte Personen weder rechtlichen, directen Nachtheil, noch Vortheil aus den zwischen andern Personen geführten Rechtsstreitigkeiten haben [2.]. Ausnahmen finden Statt [3.], wenn Jemand als allgemeiner oder besonderer Nachfolger in die Stelle eines andern eintritt [4.], oder das, was ein Dritter für ihn im Proceſs that, genehmigt, oder geschehen lieſs [5.]. Auch gehört noch hieher die Vorschrift, daſs die Appellation eines Streitgenossen dem andern, nicht Appellirenden nützen soll, wenn beyde gleiche Vertheidigungsgründe haben [6.]. Indirect kann übrigens einem Dritten der Verlust eines Rechts im Proceſs nimmer schädlich werden, wenn ihm nämlich das genommen wird, was er Namens des Unterliegenden besaſs [7.].

[1.] Tit. P. ne quis eum, qui in ius voc. vi eximat. (2. 7.) Tit. P. de eo per quem factum erit (2. 10.) Zuweilen kann sich ein Dritter in einen Proceſs einmischen, und hineingezogen werden. Davon s. unten §. 763 – 765. [2.] L. 63. de re iudic. (42. 1.) L. 2. C. quib. res iudic. non noc. (7. 56.) Tit. C. inter alios acta (7. 60.). [3.] Manche andre Ausnahmen, welche ich nicht unterschreibe, s. bey Hagemann und Günther Archiv. 4. B. n. 1. Müller ad Leyser Obs. 756. [4.] L. 9. §. 2. 9. L. 10. de except. rei iudic. (44. 2.) L. 6. §. ult. L. 44. de re iudic. (42. 1.). [5.] L. 63. de re iudic. (42. 1.) Pufendorf T. 3. Obs. 65. [6.] L. 10. §. 1. de appellat. et relat. (49. 1.). [7.] L. 44. de re iudic. (42. 1.) I. W. Textor. de execut. advers. tert. Heidelb. 1753.

Zweyte Abtheilung.

Besonderer Theil.

Erstes Capitel.

Verfahren in erster Instanz.

Erster Titel.

Verfahren im ordentlichen Procefs.

§. 674.

I.) Erstes Verfahren. Der Procefs nahm ehemals bey den Römern damit seinen Anfang, dafs der Kläger den Beklagten selbst vor Gericht zu ziehen suchte (in ius vocatio), welches jedoch gegen gewisse Personen gar nicht [1.], gegen andre nur nach ausgewirkter richterlicher Erlaubnifs Statt fand [2.]. Waren die Partheyen vor den Prätor gekommen, und hatte der Kläger Erlaubnifs zu Anstellung der Klage erhalten, so bezeichnete er dem Beklagten speciell die Art der gegen ihn zu richtenden Klage (editio actionis) [3.]. Nach mancherley Nebenhandlungen erfolgte dann am bestimmten Tage die förmliche Anstellung der Klage, und die Einlassung des Beklagten vor dem Prätor, welcher, wenn der Streitpunkt klar war, die Sache zur weiteren Untersuchung der Thatumstände und Entscheidung an den iudex verwies. Später kam der schriftliche Procefs in Gebrauch [4.], und die iudices fielen weg [5.]. Nach den jetzigen Grundsätzen des gemeinen Processes wird der ganze Streit vor demselben Richter verhandelt, er beginnt mit Einreichung einer schriftlichen Klage, wozu denn Niemand mehr Erlaubnifs zu bitten braucht [6.], und die ältere in ius vocatio fällt ganz weg, den einzigen Fall ausgenommen, wenn der Schuldner flüchtig, oder sonst Gefahr beym

[1.] L. 2. 3. 4. de in ius voc. (2. 4.). [2.] L. 4. 13. eod. L. 5. C. eod. (2. 2.). [3.] Tit. P. de edendo (2. 13.). [4.] Nov. 53. c. 3. Nov. 112. c. 2. Ueberh. Glück de vita petend. rest. in int. Sect. 1. (op. Fasc. 2.). [5.] L. 2. C. de iudic. pedan. (3. 3.). Malblank conspect. rei indic. §. 22. 28. 29. [6.] Wernher lect. comm. L. 2. T. 4. §. 3. A. M. sind Stryk U. M. eod. §. 2. Dapp v. der Legit. z. Proc. 36—42.

Verzuge ist [7.]. Das Verfahren bis zum Beweise wird das erste Verfahren, das Beweisverfahren aber das zweyte genannt.

§. 675.

1.) Klage. Die Klage muſs im ordentlichen Proceſs alles enthalten, was überhaupt (nach §. 619—21.) zu einer gehörig eingerichteten Klage gehört. Sollte der Kläger sein Recht auf Documente gründen, so braucht er sie nicht mehr, wie sonst [1.], mit der Klage vorläufig in Abschrift zu ediren, sondern der Beklagte kann bloſs eine Abschrift der Klage verlangen [2.]. Nur dann ist sofortige Edition eines Documents im ordentlichen Proceſs nöthig, wenn dadurch die active Legitimation zur Sache (§. 525.) zu begründen ist [3.].

§. 676.

Ungehorsam des Klägers. Der Kläger ist zur Fortsetzung des Rechtsstreits durch Anbringung der Klage verpflichtet. Ist er vor der Einlassung des Beklagten in der Hauptsache [1.] ungehorsam, so kann dieser, so lange der Termin dilatorisch (§. 603.) ist, auf die allgemeine Strafe des Ungehorsams (§. 615.), und Entbindung von der Instanz antragen [2.]. Ist aber der Termin peremtorisch, so kann der Beklagte nach Ablauf eines Jahrs, welcher Zeitraum jetzt abgekürzt zu werden pflegt [3.], um gänzliche Lossprechung bitten [4.], oder sich sofort einlassen, und den Proceſs einseitig fortsetzen [5.].

§. 677.

2.) Antwort des Beklagten. Ist die Klage in sich rechtsbeständig, und nicht offenbar fehlerhaft, so wird sie dem Beklagten zur Beantwortung mitgetheilt. Die

[7.] Cocceii L. 2. T. 4. qu. 2.

[1.] L. 1. §. 3. L. 10. §. 2. de edendo (2. 12.). [2.] I. R. A. §. 34. 35. Leyser Sp. 38. m. 5. Wernher lect. comm. L. 2. T. 13. §. 13. [3.] Glücks Comment. §. 286. a. E.

[1.] Boehmer I. E. P. L. 2. Tit. 14. §. 3. [2.] L. 37. §. 2. de indic. (5. 1.) L. 15. C. eod. (3. 1.). Wernher P. 2. Obs. 437. Harprecht de absolut. ab instantia. Tub. 1747. [3.] Erlang. gel. Anz. v. 1750. n. 27. [4.] Nov. 112. c. 3. [5.] Danz ord. Proc. §. 457.

Antwort mufs dann enthalten: A.) die Einlassung auf die Klage (§. 622—625.), und zwar, sofern nicht der Beklagte etwas einräumen [1.], sondern den Grund der Klage leugnen will, ein bestimmtes, specielles, kategorisches Leugnen (litis contestatio specialis) der, die Klage begründenden einzelnen Thatumstände [2.], in welcher Form sie dann eine feyerliche (solennis) heifst. Hiemit müssen B.) nach jetzigem Recht [3.] die dilatorischen und peremtorischen Einreden verbunden werden. Geschieht diefs nicht, so kann man sie in der Regel nachher nicht weiter vorschützen [4.], auch befreyet in der Regel keine Einrede von der Pflicht, sich einzulassen, wiewohl man bey Vorschützung dilatorischer Einreden sich blofs bedingt auf den Fall einlassen darf (litis contestatio eventualis), dafs diese Einreden verworfen werden sollten [5.]. Ein zufälliger Anhang kann dann auch die Widerklage (§. 544.) seyn.

§. 678.

Fortsetzung.

Beyde, so eben in Ansehung der Einreden und der Einlassung aufgestellte Regeln haben aber ihre Ausnahmen. Denn A.) gibt es gewisse, welche den Beklagten von der Verpflichtung, sich einzulassen befreyen. Dahin gehören a.) von den dilatorischen alle den Gerichtsstand ablehnenden Einreden (fori declinatoriae), im Gegensatz deren man denn die übrigen gemeine verzögerliche (communes) nennt [1.]. Die gemeinen befreyen nur dann von der Einlassung, wenn sie, wie die Einrede der sinnlosen Klage, auf eine Unmöglichkeit der Einlassung deuten, oder durch ihre Klarheit die Einlassung sofort als überflüssig darstellen [2.]. b.) Von den zerstörlichen be-

[1.] Die Bejahung kann generell seyn. Danz ord. Proc. §. 179. [2.] I. R. A. §. 37. Pütter opusc. n. 15. Quistorp kl. jur. Abh. 1. S. n. 1. [3.] Denn bey den Römern durfte man die peremtorischen in b. f. iudic. bis zum Urtheil einwenden. L. 4. L. 8. C. de except. (8. 36.) L. 2. C. sent. resc. non posse (7. 50.). Noodt de iurisd. L. 1. c. 13. [4.] I. R. A. §. 37. [5.] I. R. A. §. 37. 40. S. Stryk de lit. cont. eventuali. Hal. 1704. I. G. Meisner de eod. arg. Lips. 1723.

[1.] Chikaneuse Vorschützung derselben zieht aber Geldstrafen nach sich. I. R. A. §. 37. 40. [2.] Danz ord. Proc. §. 170.

freyen auch einige von der Einlassung. Diese nennt man procefsverhindernde (litis ingressum impedientes). Dahin gehören alle sofort liquiden [3.], den ganzen Grund der Klage zerstörenden Einreden [4.], und ohne Liquidität die exceptiones litis finitae, d. h. die, welche das bereits erfolgte Ende des Rechtsstreits behaupten [5.]. B.) Gewisse Einreden können auch noch nach dem, zur Einlassung peremtorisch bestimmten Termin ausnahmsweise vorgeschützt werden. Nämlich a.) wenn der Beklagte wegen vorgeschützter, den Gerichtsstand ablehnender Einreden sich nicht eingelassen hat, und diese Einreden ihm aberkannt werden, ohne dafs ihm eine Streitsucht zur Last fällt: so kann er nun noch seine übrigen Einreden vorschützen [6.]. Ferner gehören dahin b.) alle erst nach der Einlassung erwachsenden Einreden [7.], also auch die, gegen die Execution entstehenden [8.], und die, deren Grund immer aufs neue eintritt [9.]. c.) Alle, erweislich erst nachher zur Wissenschaft des Beklagten gelangten Einreden [10.]. d.) Jede Einrede, welche Entfernung einer, von Amts wegen abzuwendenden Nichtigkeit bezweckt, oder e.) sofort liquid gemacht wird, und den Gegner in den Zustand der Arglist versetzt [11.]. Endlich gibt es f.) gewisse Einreden, welche unbedingt den Vorzug haben, dafs sie bis zur Execution vorgeschützt werden können, wie z. B. die exceptio SCti Macedoniani [12.], Spolii [13.],

[3.] Ueber den Begriff der liquiden Einreden s. Danz §. 187. Gönner jur. Abh. 2. B. n. 20. [4.] L. 9. pr. de iureiur. (12. 2.). Zu diesen liquiden Einreden gehören denn auch die verneinenden, aber nur, wo sie keines Beweises bedürfen. Hellfeld iur. for. §. 1885. vergl. mit §. 54. und 622. [5.] L. 1. de lit. contest. in 6. (2. 3.). Schaumburg princ. prax. L. 1. c. 4. §. 10. Auch hier verlangen aber die mehrsten mit Danz §. 188. Liquidität. Ganz verwirft diese Einreden aus Gründen, zu deren Widerlegung §. 33., verglichen mit den Reichsgesetzen, benutzt werden mufs, Gönner Handb. 1. B. n. 8. [6.] Danz a. a. O. §. 168. a. E. [7.] Cap. 4. X. de except. (2. 25.) cap. 25. de offic. et potest. iudic. deleg. (1. 29.) cap. 31. X. de testib. (2. 20.). [8.] I. R. A. §. 159. [9.] Cap. 4. X. de procurat. (1. 38.) cap. 47. X. de appellat. (2. 28.). Danz §. 168. not. h. [10.] Cap. 4. X. de except. (2. 25.). I. R. A. §. 78. [11.] Zanger de except. P. 2. c. 26. [12.] S. oben §. 347. not. 3. [13.] Cap. 2. 4. X. de ord. cogn. (2. 10.).

u. a. m. [14.]. Diese nennt man privilegirte Einreden [15.].

§. 679.

Ungehorsam desselben.

Läſst sich der Beklagte nicht ein, wo er dazu verbunden ist, so trifft ihn erst die allgemeine (§. 615), nach Ablauf der peremtorischen Frist aber die besondere Strafe des Ungehorsams. Bey den Römern bestand diese darin, daſs der Kläger, freylich nicht immer mit gleichem Recht, in den Besitz der Güter seines Gegners gesetzt ward, es mochte nun ein arglistiger Ungehorsam desselben erwiesen seyn (inmissio ob contumaciam, oder absentiam fraudulosam) [1.], oder nicht (inmissio rei servandae caussa) [2.]. Das Kanonische Recht hat diese Immissionen, unter manchen Modificationen beybehalten [3.], und auch die älteren Reichsgesetze billigen sie, sogar noch mit dem neuen Zusatz, daſs wenn Vormünder ungehorsam seyen, der Proceſs in der Hauptsache bloſs auf deren Güter angestellt, und verfahren werden solle [4.]. Allein die neueren Reichsgesetze heben alle Immissionen auf, und ihnen zufolge soll das Schweigen des Beklagten als Verneinung des Grundes der Klage angesehen werden [5.], welches man dann litis contestatio ficta nennt. Hieraus folgt denn, daſs die Strafe des Ungehorsams darin bestehen muſs, daſs der Beklagte alle mit der Einlassung von der Parthey selbst zu verbindenden [6.], bis zur fingirten Einlassung nicht vorgeschützten [7.] Ein-

[14.] Danz §. 186. Malblank princ. §. 366. Versäumt können eben deswegen diese Einreden nicht werden, Gönner jur. Abh. 2. B. n. 15. man möchte denn den Ausdruck auf die von Voet L. 44. T. 1. §. 8. angenommene, aber hier schwer zu vertheidigende, stillschweigende Entsagung beziehen. [15.] Ganz verwirft die Einreden Gönner Handb. 2. B. n. 30. §. 10. 11. Allein s. auch hier wieder oben §. 33.

[1.] L. 7. §. 1. 2. 4. 17. si quis caut. (2. 11.). [2.] L. 21. §. 2. ex quib. causs. maior. (4. 4.) L. 3. §. 23. de A. l. A. P. (41. 2.). Donell comm. L. 23. c. 11. 13. Bachov de pignor. L. 4. c. 7. [3.] Boehmer I. E. P. L. 2. T. 15. [4.] Dep. Abs. v. 1600. §. 2. [5.] R. A. v. 1654. §. 36. Dieses fingirte Verneinen befreyet aber natürlich den Beklagten nicht von der Beweislast, wo er Präsumtionen wider sich hat. Mevius P. 5. Dec. 190. I. Claproth de poena rei contum. Goett. 1756. §. 17. [6.] Glücks Comm. §. 258. [7.] Diese Aus-

reden verliert [8.]; und dafs, wenn auch gleich die Immissionen in die Güter des Vormunds wegfallen müssen [9.], dennoch darin nichts geändert ist, dafs der Procefs auf dessen Gefahr fortgesetzt werden kann [10.].

§. 680.

3.) Weiteres Verfahren.

Der Gang der folgenden Verhandlungen ergibt sich ganz aus den allgemeinen Grundsätzen (§. 626.). Werden Partheyen während derselben ungehorsam, so ist das, was vom Beklagten gesagt ist, blofs umzukehren. Der Kläger mufs sich also auf die Exceptionen speciell einlassen, und damit in der Regel seine Repliken verbinden. Thut er das letzte nicht, so verliert er sie; läfst er sich, wo er peremtorisch geladen ist, nicht speciell ein, so wird er angesehen, als habe er die Einreden geleugnet. Diefs ist denn durch Beurtheilung auf alle weitern Handlungen anzuwenden. Ist nun alles zum Spruch reif, so folgt nach der Lage der Sache das Erkenntnifs [1.], und zwar, wenn nicht blofs Rechtsgrundsätze streitig sind, das Erkenntnifs auf Beweis, worin der Beweissatz speciell insofern zu bestimmen ist, dafs angegeben wird, welchen Anspruch der Beweisführer darzuthun habe [2.]. Ist ein Theil bey dem Beschlufs dieses Verfahrens ungehorsam, und der andre dringt auf Fortsetzung der Sache, so mufs der Richter dem den Beweis auflegen, welcher ihn nach allgemeinen Grundsätzen zu führen hat, also auch dem Verneinenden, wider welchen Vermuthungen streiten [3.], und je nachdem der zu führende Beweis gelingt, oder

nahme mufs man durchaus zulassen. [8.] A. M. ist Sieber de contumaciae ante L. C. in causs. civil. a reo commissae effect. Goett. 1757. §. 18—22. [9.] Denn der Dep. Absch. v. 1600. enthält kein Singulare in Rücksicht der Regel, sondern eine Erweiterung derselben den Punkt der Immission betreffend. [10.] So sind die, welche mit Müller ad Struv L. 44. T. 4. §. 41. die Immissionen wider den Vormund zulassen, mit Gönner jur. Abh. 2. B. n. 55. zu vereinigen.

[1.] Wie diefs Erkenntnifs zu fassen sey, läfst sich durch Beurtheilung aus den bisher aufgestellten Principien entscheiden. Vergl. überh. Danz ord. Proc. §. 216—235. [2.] Gönner jur. Abh. 2. B. n. 18. [3.] Die Unterscheidungen bey Danz ord. Proc. §. 459—61. Glück Comm. §. 258. Hofacker T. 5. §. 4418. 4419. scheinen dem Princip in §. 631. zu wi-

nicht, in der Hauptsache für oder wider den Ungehorsamen sprechen [4.].

§. 681.

II.) Beweisverfahren. 1.) Regelmäfsiges.

Geht der ordentliche Procefs seinen förmlichen Gang, so erwarten die Partheyen vor der Beweisführung das Beweis-Interlocut. Ist diefs erfolgt, so kann dann das Beweisverfahren eröffnet werden. Diefs theilt sich in drey Perioden, nämlich A.) das Antretungsverfahren (Productions-Reproductions-Verfahren), welches zuvörderst Bestimmung der Mittel wodurch, und der Punkte worüber der Beweis und Gegenbeweis geführt werden soll, bezweckt. B.) Die Ausführung des Beweises, worin die, die Ueberzeugung des Richters bewirkenden Mittel wirklich beygebracht werden; und C.) das Deductions-Verfahren, oder die Verhandlungen der Partheyen über den geführten Beweis.

§. 682.

A.) Antretungsverfahren.

Die Eröffnung des Antretungsverfahrens ist nach den Beweismitteln verschieden. Bey dem Zeugenbeweise geschieht sie durch Benennung der Zeugen, und genaue Angabe der Punkte, worüber sie abzuhören sind [1.]. Diese werden, wegen ihrer Form, Beweisartikel genannt, und dürfen sich nur auf das, was bisher zum Beweise verstellt, und wirklich relevant ist, beziehen, sie mögen nun auf die Wahrheit der Behauptung des Beweisführers, oder die Entkräftung der Einreden des Gegners abzwecken, in welchem letzten Fall man sie Elisiv-Artikel nennt [2.]. Niemals aber darf aus den Artikeln und Geständnifs gefolgert werden, weil bejahende Fragen verneinende Antworten bezwecken können [3.]. Den, mittelst eines besonderen Präsentations-Schreibens einzureichenden Artikeln wird dann eine Tabelle über die, jedem Zeugen vorzulegenden Artikel (Directorium cum denominatione testium) angehängt. B.) Der Urkunden-Beweis eröffnet sich durch Inducirung;

derstreiten. [4.] L. 13. §. 2. 3. C. de iudic. (3. 1.).

[1.] Danz ord. Proc. §. 277. [2.] Danz a. a. O. §. 878. [3.] Stryk L. 11. T. 1. §. 69. Wernher lect. comm. eod.

d. h. eine genaue Angabe, unter Beyfügung einer Abschrift derselben, soweit es zur Sache gehört [4.]; der Beweis durch Augenschein durch die Bitte um Einnehmung desselben; der Beweis durch Kunstverständige durch Vorschlagung derselben; der Beweis durch Eyde durch den Eydesantrag. In allen diesen Fällen ist der Producent berechtigt, aber nicht verpflichtet, Beweisartikel einzureichen. Was zu bitten sey, ergibt sich aus der Natur des Beweismittels.

§. 683.

Beweis-Termin.

Ist dem Beweisführer ein Beweis-Termin gesetzt, so ist die Ausführung des Beweises dadurch auf keine Zeit beschränkt, aber die Antretung muſs binnen derselben geschehen. Nachher kann also der Producent zwar wohl zu seinem Schaden Beweismittel fallen lassen; aber zu seinem Vortheil nichts ändern oder hinzuthun [1.], es sey denn, daſs die Beweismittel erweislich neu aufgefunden, oder sonst Restitutions-Gründe vorhanden wären [2.]. Auch der Eydesantrag ist an diesen Termin gebunden [3.], nicht aber, weil den Richter, wo er von Amtswegen handeln muſs, kein den Partheyen gesetzter Termin bindet, der Beweis durch Augenschein und Kunstverständige [4.]; doch geht man offenbar zu weit, wenn man [5.] ihn auch noch nach dem Haupturtheil für zulässig hält [6.]. Nach der, durchaus grundlosen [7.] Praxis ist der Beweis-Termin, welcher durch Dilationen erweitert werden kann [8.], ein peremtorisches Fatale [9.]. Man rechnet die Frist

§. 4. A. M. ist Cocceii eod. qu. 1. [4.] Martin Lehrb. §. 163.

[1.] Gönner jur. Abh. 2. B. n. 36. [2.] Gönner a. a. O. §. 6. Leyser Spec. 33. 64. 258. [3.] Emminghaus ad Cocceii L. 12. T. 2. qu. 25. not. X. A. M. ist Köchy Medit. 1. S. n. 4. [4.] Vergl. oben §. 631. mit Gönner Handb. d. Proc. 2. B. n. 32. §. 20. n. 35. §. 9. [5.] Wie z. B. Danz ord. Proc. §. 262. Gönner jur. Abh. 2. B. n. 21. §. 7. [6.] L. 26. famil. hercisc. (10. 2.) L. 42. 55. de re iudic. (42. 1.) L. 7. C. de iur. et fact. ignorantia (1. 18.). [7.] Denn da kein Gesetz es vorschreibt, so ist, wo Statute nicht das Gegentheil verordnen, nach 603. 615. ein terminus arctatorius dilatorius. Gönner Handb. 2. B. n. 32. §. 27. [8.] Danz §. 271. A. M. ist ohne allen Grund A. F. Reinhardt Samml. verm. Schrift. 2. B. 1. St. S. 1 – 20. [9.] Danz

(welche man im Zweifel auf vier Wochen setzt) zwar nicht von Stunde zu Stunde, aber doch von Tage zu Tage [10.], und zwar als tempus continuum (§. 111.); jedoch unter Abziehung bedeutend langer Ferien [11.]. Der Lauf dieser Frist fängt bey dem Beweis-Termin in dem Augenblick an, da das Beweis-Interlocut für den Beweisführer unbedingt verbindend, und in dieser Eigenschaft demselben bekannt geworden ist [12.]. Ist ein Gegenbeweis-Termin gesetzt, so findet dasselbe Statt [13.].

§. 684.

Besserung des Beweises.

Ist kein bestimmter Beweis- und Gegenbeweis-Termin angesetzt, so ist in der Regel die Antretung, Aenderung und Besserung des Beweises, also auch Einreichung neuer Artikel (Additional-Artikel) zu jeder Zeit erlaubt [1.]. Nur zwey Ausnahmen gibt es. Es darf nämlich A.) über den Beweissatz kein weiterer Beweis und directer Gegenbeweis durch Zeugen geführt werden, sobald die Aussagen der Beweiszeugen förmlich verkündigt sind [2.], den einzigen Fall neu entdeckter Zeugen ausgenommen [3.]. Auch muſs B.) der, welcher neue Zeugen über denselben Punkt zum vierten Mal producirt, mit der Aussage der schon abgehörten nicht bekannt seyn, und den Verdacht der Chikane durch einen Eyd von sich abwenden [4.].

§. 685.

Handlung des Producten.

Ist dem Producten die Beweisantretung bekannt gemacht, so kann derselbe dagegen durch Einwendungen gegen die Relevanz der Artikel und Urkunden, und die Fähigkeit der Zeugen [1]

§. 262. [10.] Danz §. 271. 273. vergl. mit Müller ad Leyser Obs. 455. [11.] Malblank princ. §. 235. 598. [12.] Die Anwendung dieses Princips auf einzelne Fälle s. bey I. C. Koch de initio termini probatorii. Giess. 1775. Gönner a. a. O. §. 28—35. [13.] Danz §. 275. Gönner a. a. O. n. 34. §. 15.

[1.] Koch l. c. §. 7. Pufendorf T. 3. Obs. 95. [2.] Cap. 9. X. de fide instrum. (2. 22.) cap. 25. X. de testib. (2. 20.). Clem. 2. de testib. (2. 8.). Mevius P. 3. Dec. 345. [3.] Gönner jur. Abh. 2. B. n. 36. §. 6. [4.] Nov. 90. cap. 4. 15. cap. 36. X. de testib. (2. 20.).

[1.] S. oben §. 651. 654. Daſs der Richter nichts zur Verhandlung mittheilt, was offenbar unrechtlich ist, versteht sich

seine Erinnerungen vorbringen, nur müssen sie sofort klar seyn. Sind sie diefs nicht, so mufs er sie bey dem Verfahren über den Beweis geltend machen [2.]. Aufserdem hat der Product bey dem Zeugenbeweise das, ihm bey Strafe der Nichtigkeit nicht abzuschneidende Recht, den Artikeln, als Ergänzung, sogenannte Fragstücke (interrogatoria) hinzuzufügen [3.], und zwar sowohl allgemeine (interrogatoria praelimanaria), welche sich auf die Person der Zeugen beziehen, als besondere, welche auf den Streitpunkt selbst gerichtet sind. Die letzten können nach gemeinem Recht entweder zur näheren Bestimmung dessen dienen, worauf die Artikel gerichtet sind, oder die Erforschung elidirender, in den Artikeln nicht berührter Thatumstände bezwecken [4.]. In jenem Fall nennt man sie gemeine Fragstücke zur Sache (generalia ad caussam); in diesem vorzugsweise besondere (specialia). Niemals aber dürfen die Fragstücke irrelevant, auf Verwirrung des Zeugen gerichtet, oder denselben beschimpfend seyn [5.].

§. 686.

B.) Ausführung des Beweises.

Ist dieses Verfahren bis zur Ausmittelung des etwanigen Streitpunkts durchgeführt, so erkennt der Richter über Zulässigkeit und Unzulässigkeit der Beweismittel und Einreden, und bestimmt den Productions-Termin. Hier fängt denn die Ausführung des Beweises durch Vorlegung der Beweismittel an, wodurch sie beyden Theilen gemeinschaftlich werden [1.]. Die Urkunden werden also im Original zur Agnition oder Anerkennung vorgelegt (producirt); die angetragenen, oder zurückgeschobenen Eyde werden geleistet; die Zeugen werden beeydet, nach den Artikeln und Fragstücken, welche der Richter erforderlichen Falls durch eigne Fragen ergänzen kann [2.], in Abwesenheit der Partheyen, welche jedoch die Gegenwart ei-

auch hier, wie überall, von selbst. [2.] Martin Lehrb. §. 146. 149. [3.] Nov. 90. c. 9. cap. 2. X. de testib. (2. 20.). [4.] Cap. 29. X. eod. Schaumburg princ. L. 1. S. 1. M. 3. c. 2. §. 10. [5.] I. R. A. §. 53.

[1.] Auth. ad haec C. de fide instrum. (4. 32.). Danz §. 307. 327. [2.] Man nennt diese Interrogatorien richterliche (int. ex officio), und dagegen die andern productliche.

nes Notars verlangen können [3.], abgehört, und zwar zuweilen nach einem ihnen zuvor gestatteten Augenschein [4.], auch sodann die einzelnen Aussagen in einen Rotulus eingetragen; endlich wird bey dem Beweise durch Augenschein und Kunstverständige mit der Beeydung der letzten der Anfang gemacht; der Augenschein wird eingenommen, die Partheyen besprechen sich mit den Kunstverständigen, und diese reichen dann ihr mit Gründen unterstütztes Gutachten ein, oder erklären es, in Abwesenheit der Partheyen mündlich zum Protocoll. Zuletzt erfolgt dann die Eröffnung des Rotuli, und der eingekommnen Gutachten.

§. 687.

C.) Deductions-Verfahren.

Nach Vollführung und Bekanntmachung des Beweises ist es den Partheyen noch erlaubt, sogenannte Disputirsätze einzureichen, aber jeder nur einen, und darin den von ihnen selbst, oder dem andern geführten Beweis als genügend oder ungenügend darzustellen. Der Product macht als Bestreiter mit seiner Impugnations-Schrift den Anfang, und der Producent mit seiner Salvations-Schrift den Beschlufs. Ist jener zugleich Gegenbeweisführer, so verbindet er mit der Impugnation die Salvation, und der Reproduct mit der Salvation des Beweises die Impugnation des Gegenbeweises [1.].

§. 688.

2.) Unregelmäfsiges Verfahren. A.) Im Fall des Ungehorsams.

Versäumen die Partheyen vom Beweis-Interlocut bis zur vollendeten Beweisführung eine ihnen gesetzte Frist, so wird, wenn diese monitorisch (§. 603.) war, und von dieser Art sind alle, sich auf den Beweis durch Augenschein und Kunstverständige beziehenden Fristen [1.], ungehindert weiter verfahren; sind sie hingegen arctatorisch geladen, und nach allgemeinen Grundsätzen (§. 615.) als ungehorsam rechtlich zu betrachten,

[3.] Dep. Absch. v. 1600. §. 129. 130. Claproth ord. Proc. §. 250. [4.] Gönner Handb. 1. B. n. 9.

[1.] I. R. A. v. 56. 57. 96. Danz ord. Proc. §. 394 — 399.

[1.] Gönner jur. Abh. 2. B. n. 21. §. 7. Den Grund enthält

so verliert der, welcher etwas einbringen sollte (es sey ein Beweismittel, oder eine Deduction), sein Recht hiezu, und wird angesehen, als ob er es nicht eingebracht hätte; der hingegen, welcher sich über etwas Eingebrachtes erklären sollte, wird behandelt, als habe er nichts dagegen einzuwenden, und wolle es gelten lassen. Nicht recognoscirte Urkunden werden also als anerkannt (nicht grade als voll beweisend), der verweigerte Eyd als Geständniſs angesehen, die Interrogatorien und Gegen-Deductionen dürfen nicht weiter beygebracht werden, u. s. w. [2.].

§. 689.

D.) Bey dem Beweise zum ewigen Gedächtniſs.

Der oben (§. 681.) bezeichnete förmliche Gang des Beweisverfahrens kann auſserdem noch in zwey Fällen verlassen werden, nämlich A.) wenn eine Parthey Beweismittel zu verlieren fürchtet, so steht es ihr, und zwar dem Beklagten stets, dem Kläger aber nur nach erweislich gemachter Gefahr [1.], frey, alles, was zum Beweise dient, selbst vor dem Rechtsstreit, sofort herbeyzuschaffen [2.]. Man nennt dieſs den Beweis zum ewigen Gedächtniſs (in perpetuam rei memoriam) [3.]. Alles, im Uebrigen zur Beweisführung gehörende, muſs, wo möglich, dabey beobachtet werden, und die Eröffnung des Rotuli geschieht also nur dann, wenn es nöthig ist, d. h. in dem Proceſs, in Rücksicht dessen diese vorgreifende Aufnehmung der Beweismittel geschah.

§. 690.

C.) Beym anticipir-

Eine eben so wichtige Ausnahme macht B). der anticipirte Beweis. Die Par-

oben §. 631. [2.] Die Gründe zu diesem allen liegen in §. 615. 636—666. S. nach Danz §. 305. 324. Gönner a. a. O. n. 21.

[1.] Cap. 5. X. ut lite non contest. (2. 6.) cap. 41. X. de testib. (2. 20.). [2.] Cap. 1. 2. 5. X. de lite cont. (2. 5.) cap. 4. X. de confirm. util. (2. 30.). [3.] I. P. Streit de probat. quat. per examen. test. in perpet. rei memor. fieri pot. Erf. 1722. I. F. Kees de document. ad perpet. rei memor. producend. Lips. 1792. C. H. G. Köchy Sp. de probat. ad perpet. rei memor. Helmst. 1794.

ten Beweise. theyen dürfen nämlich jetzt gleich beym Anfange des Rechtsstreits bis zum Beweis-Interlocut ihre Beweismittel angeben und beybringen, und darüber von ihrem Gegner Einlassung verlangen [1.], wiewohl, wenn nicht Gefahr beym Verzuge ist, es ihnen nicht frey zu stehen scheint, von ihrem Gegner zu **fordern**, dafs er schon dann eine Zeugenabhörung geschehen lasse [2.]. Den Fall des Eydesantrages abgerechnet, wo sich alles auf andre Weise von selbst entscheidet, mufs man nach allgemeinen Grundsätzen über Renunciationen (§. 57.), und die Rechte der Partheyen vor Ablauf der Beweisfrist (§. 683. 684.) die Lehre vom anticipirten Beweise auf folgende Hauptsätze zurückführen [3.]: A.) Wer an sich nicht zu beweisen verpflichtet ist, macht sich, sofern kein Vertrag unter den Partheyen darüber existirt, durch Anticipation keineswegs auf immer verpflichtet, diese Last zu übernehmen. B.) Der Richter mufs stets einen Gegenbeweis dagegen gestatten [4.], auch dem Anticipirenden die Möglichkeit lassen, diesen Gegenbeweis noch durch bessern Beweis und Gegenbeweis zu entkräften, selbst wenn bey dem anticipirenden Verfahren voll bewiesen ist; wiewohl der Gebrauch der Beweismittel hier beschränkt seyn kann [5.]. C.) Hat der Anticipirende bis zum Ergänzungseyde erwiesen, so darf der Richter vor Vollendung des dem Gegner noch freyzustellenden Beweises eben so wenig sofort auf jenen Eyd erkennen [6.], als es ihm frey steht, den Anticipirenden sofort abzuweisen, wenn er nichts, oder nicht einmal halb erwiesen hat [7.]. Es mufs also **immer**, allenfalls unter vorläufigem Urtheil, besserer Beweis aufgelegt, oder freygelassen, und dabey die Benutzung des bisher Beygebrachten gestattet werden [8.].

[1.] I. R. A. §. 35. 46. [2.] Diefs kann man **Hommel** rhaps. Obs. 875. vermöge cap. 5. X. ut lite non contest. (2. 6.) allenfalls zugeben. [3.] Zum Theil ganz abweichend ist **Gönner** Handb. 2. B. n. 33. §. 6. 16. [4.] **Leyser** Spec. 258. m. 1. [5.] Z. B. wenn der Zeugen-Rotulus schon eröffnet ist. §. 684. [6.] Denn er kann ja nach §. 669. 670. unnütz werden. [7.] **Stryk** de probationis probatione meliori (Diss. Vol. 2. n. 16.). **Oesterlein** de probatione meliore litigantibus caute reservanda. Alt. 1754. [8.] **Gönner** a. a. O. §. 18.

Zweyter Titel.

Verfahren in den aufserordentlichen Processen.

§. 691.

Einthei- lung der aufseror- dentlichen Processe.

Die aufserordentlichen Processe sind entweder feyerliche, oder summarische (§. 522.). Die ersten zeichnen sich also nicht durch ein abgekürztes, sondern ein von der Regel abweichendes, singulaires feyerliches Verfahren aus, während den summarischen Mangel der Solennien, und eine gewisse Raschheit des Verfahrens eigenthümlich ist. Unter den letzten gibt es viele, welche unter den allgemeinen Vorschriften über die Natur des summarischen Verfahrens stehen, und sich also unter den summarischen Processen durch nichts singulaires auszeichnen. Diese werden unbestimmte summarische Processe genannt [1.]. Hat hingegen eine summarische Procefs-Art eine eigenthümliche Form erhalten, so nennt man den Procefs einen bestimmten. Der Possessions-Procefs, welcher überhaupt zu den summarischen gehört, hat das besondere, dafs einige Arten desselben sich von den allgemeinen Grundsätzen über das summarische Verfahren nicht entfernen, andre dagegen in die Classe der abweichenden summarischen Processe gehören [2.]. Eben diefs gilt vom Provocations-Procefs. Es ist daher, um Zerstückelungen zu vermeiden, am besten, unter dem Namen eines gemischten beyde, als dritte Gattung, aufzuführen [3.].

§. 692.

I.) Summarische.

In Rücksicht aller summarischen Processe, und also auch der unbestimmten, sind stets

[1.] Danz ord. Proc. §. 59. In der Subsumtion ist man hier freylich in der Regel nicht consequent. Grolman Theor. d. gerichtl. Verf. §. 228. Martin Lehrb. §. 284. Auch überh. Gönner Handb. 4. B. n. 46. [2.] S. z. B. L. 1. §. 4. de carbon. edict. (37. 10.) und unten §. 707. die Lehre vom possessorio, summariissimo. [3.] So, und weil in den Pandekten die, einer speciellen Erörterung bedürfenden Interdicte mitzunehmen sind, werden die allerdings richtigen Einwendungen bey Grolman a. a. O. die folgende Eintheilung nicht treffen.

1.) Unbestimmte. zwey Fragen zu beantworten: nämlich welches ist die summarische Verfahrungsart, und in welchen Fällen tritt dieselbe ein? Da die Form des ordentlichen Processes unleugbar nur darum festgesetzt ist, damit jedem unfehlbar sein Recht auf dem sichersten Wege werde: so kann der Richter als solcher, weil er selbst des Staatswohls wegen nicht befugt ist, das Recht zu brechen, aus der Natur der Sache jene Fragen durchaus nicht beantworten. Er muſs mithin so, und nur in den einzelnen Fällen summarisch verfahren, wie und wo die Gesetze, wohin aber in Deutschland in der Regel nicht mehr Rescripte des Regenten für einzelne Fälle gehören [1.], es ausdrücklich vorgeschrieben haben [2.].

§. 693.

Verfahrungsart. Die summarische Verfahrungsart soll nach den Gesetzen [1.] darin bestehen, daſs der Richter auch auf mündliches Anbringen, ohne ein förmliches Libel, und ohne Einlassung, welches man von der speciellen Einlassung (§. 677.) versteht [2.], verfahren, menschliche Ferien (§. 599.) nicht in Betracht ziehen, die Fristen und das Verfahren möglichst abkürzen, auf Verschleppung der Sache abzielende Einreden und Appellationen verwerfen, keineswegs aber das abschneiden soll, was wesentlich zur Vertheidigung und zum Beweise gehört [3.]. Im Uebrigen bleibt es also bey den Grundsätzen des ordentlichen Processes [4.]. Die Partheyen heiſsen hier Implorant und Implorat; sofern ein Theil provisorisch wirklich etwas ausgewirkt hat, Impetrant und Impetrat; und im Bescheinigungsverfahren Demonstrant und Demonstrat, Redemonstrant und Redemonstrat.

[1.] Anders nach Clem. 2. de V. S. (5. 11.). Allein s. oben §. 529. und Gönner Handb. 1. B. n. 1. §. 8. [2.] Abweichend in gewissem Betracht ist Grolman Theorie d. Proc. §. 223—226.

[1.] Die Hauptstelle, welche noch viel zu wünschen übrig läſst, ist Clem. 2. de V. S. (5. 11.). [2.] Knorr Anl. z. ger. Praxis L. 3. c. 1. §. 4. [3.] Vergl. oben §. 672. und Gönner Handb. 4. B. n. 47. §. 11—15. [4.] Cocceii L. 5. T. 1. qu. 1. Schaumburg princ. L. 2. c. 1. Danz summar. Proc. §. 5. 6. 7.

§. 694.

Einzelne Fälle.

Zu den, unbestimmt summarisch zu verhandelnden Sachen gehören besonders A.) alle, wo Gefahr beym Verzuge ist [1.], also z. B. Processe über Alimente [2.], über Bausachen [3.], Begräbnifssachen [4.] und daher auch häufig über militairische Sachen [5.]. B.) Alle vorläufig und beyläufig zu entscheidenden Punkte [6.]. C.) Nach der Praxis Rechnungssachen [7.]. D.) Alle Sachen, welche vor die geistlichen Gerichte gehören [8.], daher der, in Deutschland überall besonders modificirte Consistorial-Procefs [9.]. E.) Sachen der Reisenden [10.]. Endlich F.) geringfügige Sachen [11.]. Die Zahl dieser Fälle ist übrigens bey uns fast in jedem Gerichte noch mit manchen andern vermehrt [12.].

§. 695.

2.) Bestimmte. A.) Mandats-Procefs.

Zu den bestimmten summarischen Processen gehören, mit Uebergehung des, in den Vortrag über den Reichsprocefs und das deutsche Privatrecht zu verweisenden Berichts- und Wechselprocesses [1.], folgende Arten: I.) der Mandatsprocefs, welcher sich allein in den Reichsgesetzen gründet [2.]. Das Wesen desselben besteht darin, dafs der Richter auf das, durch öffent-

[1.] L. 6. §. 9. de iniusto, rupto (28. 3.) L. 7. de appell. rec. (49. 5.). I. R. A. §. 107. [2.] L. 5. §. 8. 12. de agnosc. vel. al. lib. (25. 3.) L. 1. §. 14. de ventre in poss. mitt. (39. 7.). [3.] L. 12. C. de aedific. priv. (8. 10.) L. un. C. de nov. op. nunc. (8. 11.). I. R. A. §. 106. Leyser Sp. 684. m. 27. [4.] L. 14. §. 2. L. 18. de religios. (11. 7.) L. 1. §. 1. 5. 7. de mort. infer. (11. 6.). [5.] Vergl. über den Kriegsprocefs Danz summar. Proc. §. 91 — 99. [6.] L. 3. §. 9. ad exhib. (10. 4.) L. 2. C. de pedan. iudic. (3. 3.). [7.] I. Claproth v. Verfert. und Abnahme d. Rechnungen. Gött. 1784. I. C. Rebmann v. d. gerichtl. u. aufsergerichtl. Verf. in Rechnungssachen. W. C. Storr von Rechnungs- und Rechnungs-Abhör-Geschäften. Tub. 1790. Gönner Handb. 4. B. n. 51. [8.] Clem. 2. de iudic. (2. 1.). [9.] Ueberh. Danz a. a. O. §. 100 — 109. [10.] L. 17. de R. C. (12. 1.) Nov. 80. [11.] Nov. 17. c. 3. Nov. 69. c. 1. 2. 4. [12.] Claproth summar. Proc. §. 4. vergl. mit Gönner Handb. 4. B. n. 47. §. 1 — 11.

[1.] Danz summar. Proc. §. 38 — 48. Gönner Handb. 4. B. n. 48. [2.] C. G. O. v. 1555. Th. 2. Tit. 23. R. A. v. 1594.

liche Urkunden bescheinigte, und sofort gerechtfertigte Ansuchen des Imploranten einen gebietenden oder verbietenden Befehl an den Imploraten erläſst. Ist in diesen Fällen 1.) die höchste Gefahr beym Verzuge, oder läſst sich nicht einsehen, wie der Implorat der, gegen ihn erhobenen Beschwerde etwas werde entgegensetzen können; so erfolgt ein Befehl (Mandatum sine clausula) unbedingt dahin, demselben binnen kurzer, peremtorischer Frist Folge zu leisten, allenfalls noch mit dem Zusatz: oder zu zeigen, daſs derselbe (in einem nichtigen Proceſs-Gange, oder durch falsche Angaben) erschlichen sey. Die Befolgung des Mandats endigt dann den Proceſs; der Ungehorsam hingegen zieht Erneuerung des Befehls nach sich. Wird aber die Einrede der Erschleichung vorgeschützt, gerechtfertigt, sofort bescheinigt, und durch die abzuwartende Antwort des Impetranten nicht entkräftet: so erfolgt Aufhebung, widrigenfalls Bestätigung des Mandats, unter Vorbehalt der etwa möglichen besonderen Ausführung. Sollte dagegen 2.) der Bescheinigung des Imploranten ungeachtet die Möglichkeit, daſs der Implorat gegründete Einreden haben könne, leicht denkbar seyn: so wird ein bedingtes Mandat (mandatum cum clausula) dahin erlassen, entweder zu folgen, oder die Verweigerungsgründe anzugeben. Mit der Befolgung des Mandats erledigt sich dann auch hier alles. Die Nichtbefolgung bewirkt ein unbedingtes Mandat; sobald hingegen Einreden vorgeschützt werden, ist der Mandats-Proceſs in den, der Sache angemessenen gewöhnlichen Proceſs-Gang hinüber gebracht [3.].

§. 696.

B.) Executiv-Proceſs.

Gleichfalls bestimmter Natur ist II.) der nur entfernt in den Reichsgesetzen [1.] angedeutete, und daher als gemeine deutsche Proceſs-Art noch jetzt von manchen [2.] bestrittene Executiv-Proceſs. Wenn nämlich Jemand eine persönliche Forderung hat, welche er durch sofort beweisende Instrumente (guarentigiata) d. h. öffentliche, oder

§. 79. Dep. Absch. v. 1600. §. 29—36. I. R. A. §. 79. [3.] Ueberh. Danz a. a. O. §. 19—28. Martin Lehrb. §. 249—53. Grolman §. 255—36.

[1.] I. R. A. §. 174. [2.] Malblank princ. iur. Rom. §. 604.

durch die Recognition vollgültig werdende Urkunden [3.] darthun kann: so darf er auf schleunige Zahlung dringen, nur müssen die Urkunden der Klage wenigstens in Abschrift beygelegt werden. Sind öffentliche Urkunden der Klage im Original beygelegt, so artet sich die Sache zu einem bedingten Mandat. Ist diefs nicht der Fall, so mufs ein naher Termin zur Production der Originale, und zur Agnition oder Recognition angesetzt werden. Der Ungehorsam des Beklagten wird der Anerkennung gleichgesetzt. Leistet er aber den Difessions-Eyd, oder bringt er sofort liquide, oder liquidabele Einreden vor [4.], zu welchen ersten auch die, keines Beweises bedürfenden gehören [5.]: so wird er, wenn der andre die Einreden nicht entkräftet, absolvirt. Sind aber die Einreden illiquid, so erfolgt, unter Vorbehalt des Separati, der Zahlungsbefehl [6.].

§. 697.

C.) Arrest-Procefs. Sequestration.

Ferner gehört hieher III.) der Arrest-Procefs. Unter Verkümmerung oder Arrest versteht man jede Verfügung des Richters, wodurch derselbe zur Sicherheit eines künftig zu entscheidenden Rechtsstreits die persönliche Freyheit einer Person, oder das Vermögen derselben, über ihre Güter Verfügungen zu treffen, beschränkt. Jenes wird Personal, dieses Real-Arrest genannt. In beyden Fällen können die Verfügungen des Richters entweder in Befehlen allein bestehen [1.], oder sich zugleich thätlich äufsern [2.]. Zu den letzten Arten gehört auch die Sequestration, wenn nämlich der Richter [3.] Sachen [4.], oder Personen [5.], um die Rechte

[3.] welche also auch eine caussa debendi enthalten. Weber Beytr. z. d. Lehre v. d. Kl. u. Einr. 2. u. 3. St. pr. 13. [4.] Gönner jur. Abh. 2. B. n. 20. [5.] Gönner a. a. O. 1. B. n. 3. [6.] Ueberh. Danz summar. Proc. §. 29 — 37. Martin Lehrb. §. 254—256.

[1.] z. B. Stadt-Arrest, Befehle nicht zu zahlen, oder eine unbewegliche Sache nicht zu veräufsern. [2.] z. B. Einlegung einer Wache, Einsperrung, Wegnahme einer Sache. [3.] Sie kann natürlich auch durch einen freywilligen Vertrag geschehen. Dann nennt man sie voluntaria; die vom Richter verfügte aber necessaria. [4.] L. 22. §. 8. solut. matr. (24. 3.) L. 39. de solut. (46. 3.) L. 6. C. deposit. (4. 34.). [5.] cap.

eines Theils zu sichern, irgendwo niederlegt, oder in Verwahrung und Aufsicht gibt, bis sie dem, zu dessen Besten diese Handlung gereicht, rechtlich zu überliefern sind [6.]. Geschieht die Sequestration durch einen Vertrag [7.], so erhält der, dem die Verwahrung übertragen ist (der Sequester), blofs eine custodia; Besitzrechte aber nur dann, wenn ihm diese mit eingeräumt sind [8.]. Ist aber die Zeit der Herausgabe der Sache (des sequestri) gekommen, so kann der Sequester von dem, welchem die Sache zu restituiren ist, durch die aus dem Vertrage entspringende Klage, der das Wort: sequestraria als adiectitia qualitas (§. 53.) beygefügt wird, belangt werden, aber auch durch die ihm zustehende Contractsklage, unter gleicher Nebenbezeichnung, wegen seiner nach der Natur des Geschäfts ihm zu vergütenden Verwendungen von dem Kläger Entschädigung fordern [9.].

§. 698.

Fortsetzung.

Sind Thätlichkeiten zu besorgen, so kann der Richter von Amtswegen einen Arrest verhängen [1.], sonst aber nur aufgerufen in wichtigen Fällen, wenn Verdacht der Flucht, der Verschleuderung oder Verderbung des Vermögens, und dergleichen vorhanden ist [2.], welches dann auch bey der Sequestration eintritt [3.]. Der persönliche ist aufserdem in Ansehung mancher Personen, z. B. der Aeltern, Geistlichen, Soldaten und Gesandten sehr beschränkt [4.]; auch findet er überhaupt nicht Statt, und ist also, sofern er angelegt war, wieder aufzuheben, wenn der Schuldner

14. X. de sponsal. (4. 1.) Hagemann und Günther Archiv. 2. B. S. 172. fgg. [6.] Ueberh. Trendelenburg exercitat. de sequestratione curatius finienda. Bützow 1775. Gönner Handb. 4. B. n. 55. [7.] Welches nicht absolut erforderlich ist L. 7. §. ult. qui satisd. cog. (2. 8.) L. 11. §. 1. ad exhib. (10. 4.) L. 1. §. 37. L. 5. §. ult. depos. (16. 3.). [8.] L. 17. §. 1. eod. vergl. mit L. 39. de A. l. A P. (41. 2.) Meine Schr. über Bes. u. Verj. 1. Thl. §. 9. S. auch Gönner §. 14. [9.] L. 5. §. 1. 2. L. 12. §. 2. depos. (16. 3.) Trendelenburg l. c. §. 7. 9. 10. 11. 12.

[1.] K. G. O. P. 2. T. 21. §. 3. T. 22. §. 4. [2.] Danz summar. Proc. §. 56. [3.] L. 7. §. ult. qui satisd. cog. (2. 8.) L. 12. §. ult. de appellat. (49. 5.) L. 5. quor. appellat. non recip. (7. 65.). [4.] Danz a. a. O. §. 51.

durch Bürgen oder Pfänder gehörige Sicherheit leistet [5.]. Das Arrest-Verfahren nimmt mit der Bitte um Anlegung des Arrests den Anfang, wobey die Ansprüche des Imploranten, und die, den Arrest begründenden Umstände durch eine Bescheinigung sofort wenigstens wahrscheinlich gemacht werden müssen. Der Richter ist hier der competente Richter des Imploraten, und nur im Nothfall jeder incompetente Richter. Auf ein gehöriges Arrest-Gesuch erfolgt dann das Arrest-Mandat, und zugleich die Auflage an den Impetranten, den ausgewirkten Arrest in einem nahen Termin zu rechtfertigen. Geschieht dieſs durch eine ordentliche Bescheinigung, so bleibt der Arrest liegen, bis in der Hauptsache entschieden ist; wo nicht, so wird er aufgehoben [6.].

§. 699.

3.) Vermischte. A.) Provocations-Proceſs. Arten.

Vermischter Natur ist I.) der Provocations-Proceſs. Die in der Natur eines Rechts (§. 49.) gegründete Regel ist, daſs Niemand zum Klagen gezwungen werden kann [1.]. Die Praxis glaubt aber, wiewohl irrig [2.], in der L. Diffamari 5. C. de ingenuis manumissis (7. 13.) und den L. Si contendat 28. D. de fideiiussoribus (46. 1.) eine Ausnahme gefunden zu haben, und dieser Irrthum ist nachher durch die Reichsgesetze bestätigt [3.]. Hienach gibt es denn nun zwey Provocationen, nämlich 1.) ex lege diffamari. Der Zweck derselben ist, daſs der, welcher sich auf irgend eine Art berühmt hat (welches Berühmen man diffamiren nennt), als Kläger Ansprüche an einen andern zu haben [4.], dahin angewiesen werde, die Klage anzustellen, unter der Androhung, daſs er widrigenfalls derselben ganz verlustig erklärt werden solle [5.]. Gegen

[5.] K. G. O. P. 2. T. 21. cap. 2. 4. X. de sponsa duor. (4. 4.) cap. 13. X. de restitut. spoliator. (2. 13.). [6.] Vergl. überh. Danz §. 49 – 69. Claproth summ. Proc. §. 107 — 139. Martin Lehrb. §. 261 – 64.

[1.] L. un. C. ut nemo invitus agere (3. 7.). [2.] C. F. G. Meister de falsa probatione processus provocatorii ex iure Romano. Goett. 1742. Auch überh. Gönner Handb. 4. B. n. 49. [3.] K. G. O. P. 2. T. 25. I. R. A. §. 83. [4.] Danz summar. Proc. §. 72. [5.] Danz a. a. O. §. 83.

die Erben als solche, geht diese Provocation nicht, auch nicht auf die Erben, wenn nicht die Klage, deren sich der Provocat berühmt hat, auch gegen sie Statt findet [6.]. 2.) Die Provocation ex lege si contendat besteht darin, dafs der, welcher sich gegen eine wirklich, oder auch nur denkbarer Weise [7.] gegen ihn Statt findende Klage durch eine peremtorische, oder vermischte Einrede zu vertheidigen im Stande ist, seinen Gegner, um nicht durch dessen Zaudern diese Einreden zu verlieren, zum Klagen gegen ihn selbst, oder einen Dritten provocirt, mit der Bitte, ihm im Fall des Ungehorsams des Provocaten die Einrede als auf immer wirksam zuzuerkennen, oder den Provocaten seines Rechts gänzlich verlustig zu erklären [8.].

§. 700.

Verfahrungsweise.

Die Verfahrungsart ist hier im Ganzen summarisch, wie es die allgemeinen Grundsätze mit sich bringen. Nur darin liegt etwas Abweichendes, dafs bey Anbringung der provocatio ex lege diffamari die geschehene Diffamation sofort einigermafsen bescheinigt werden mufs [1.]. Auch ist es singulair, dafs die Provocation, den Fall, da der Provocant darauf dringt, dafs ein Dritter belangt werde, ausgenommen [2.], nicht bey dem competenten Richter des Provocaten, sondern des Provocanten anzubringen ist [3.]. Doch folgen die Wirkungen der Ladung (§. 607.) nicht auf die, in Gemäfsheit der Provocation erlassene Auflage [4.].

§. 701.

B.) Possessorischer Procefs.

Zu den vermischten Processen gehört ferner II.) der Possessorische Procefs [1.], über dessen Natur hier folgende allgemeine

[6.] Glück Comment. §. 533. a. [7.] Martin Lehrb. §. 260. [8.] Danz §. 87.

[1.] I. R. A. §. 83. [2.] Glück Comment. §. 233. b. n. IV. [3.] Eigentlich wider allgemeine Grundsätze (§. 533.) und den I. R. A. §. 83. I. H. Reuter de foro competente provoc. Hal. 1751. Allein die Praxis folgt hier dem Conc. d. K. G. O. 2. Thl. Tit. 27. §. 2. Claproth summ. Proc. §. 283. [4.] Mevius P. 1. Dec. 198. P. 3. Dec. 350.

[1.] Ueberh. I. H. Berger electa process. possessorii. I. F. de

Bemerkungen voranzuschicken sind. 1.) Alle possessorischen Rechtsmittel, (welche man gewöhnlich, wiewohl ohne Grund, als bey den Römern der prätorischen Cognition ausschliefslich angehörig ansieht [2.], und Interdicte nennt, obgleich die letzten nicht sämmtlich im strengsten Sinn immer Besitzstreitigkeiten voraussetzen) betreffen an sich nur den Besitz, und können daher durch keine, das Recht selbst betreffende Einrede entkräftet werden [3.], es sey denn, dafs dieses die, aus dem Besitz entspringenden Befugnisse aufhöbe, und sofort klar gemacht wäre [4.]. Diefs berechtigt aber den Richter noch keineswegs, im petitorio ungebeten zu erkennen, wenn das Recht dessen, dem im possessorio der Besitz streitig gemacht wird, etwa aus den Acten erhellen, die Sache aber durch die Verhandlungen der Partheyen nicht in das Petitorium hinüber gebracht seyn sollte [5.]. Nur in einigen Fällen mufs der, welcher sich eines Interdicts bedient, sein Recht auf den Besitz zugleich mit beweisen [6.]. Dann nennt man das Interdict ein mixtum, und im Gegensatz davon die Interdicte, wo über den blofsen Besitz gestritten wird, simplicia. 2.) Die possessorischen Rechtsmittel gehen entweder auf Erlangung eines noch nicht gehabten (remedia adipiscendae possessionis), auf Wiedererlangung eines verlorenen (r. recuperandae poss.), oder auf Schützung eines Statt findenden Besitzes (r. retinendae possessionis). Mit den ersten beyden kann auch eine petitorische Klage cumulirt (§. 621.) werden [7.], nicht aber in der Regel mit den letzten [8.], wiewohl

Retes de interdict. et remed. possessoriis (Meermann Thes. T. 7.) Danz summar. Proc. §. 8—18. Westphal de libertate praediorum überall. F. E. v. Savigny das Recht des Besitzes. Giefs. 1803. 4. u. 5. Abschn. Gönner Handb. 4. B. n. 55. [2.] L. 21. quod vi aut clam (43. 24.) L. 3. §. 3. de lib. exhib. (43. 29.) Theophili paraphras. ad §. ult. I. de interdict. Vor allen I. a. Costa Comm. ad I. L. 4. Tit. 15. pr. [3.] §. 4. I. de interdict. (4. 15.) L. 1. §. 3. uti possid. (43. 17.). [4.] L. 8. pr. de dol. mal. et met. except. (44. 4.) Leyser Spec. 499. m. 4. 5. [5.] Ueber die abweichenden Ideen andrer s. I. H. Boehmer de vero usu remedii possessor. ordinarii et summarii cap. 2. §. 8. (Exerc. T. 5.) Leyser Spec. 468. m. 31. Müller Obs. 759. [6.] S. z. B. L. 3. §. 13. de itinere actuque priv. (43. 19.). [7.] cap. 2. 3. 4. 5. 6. X. de causs. poss. et prop. (2. 12.). [8.] §. 2.

man gewöhnlich auch hier eine alternative Cumulation zuläſst [9.]. 3.) Die Verfahrungsart ist hier in der Regel schnell [10.], aber es darf, wie überhaupt im Zweifel im summarischen Proceſs, der innern, den Richter genügend überzeugenden Vollständigkeit des Beweises nichts fehlen [11.]; doch gibt es hievon verschiedene Ausnahmen [12.], wozu natürlich auch jeder Fall zu zählen ist, da, wegen der sofort beygebrachten Bescheinigung, die Sache sich zum Mandats-Proceſs qualificirt. 4.) Ist Jemand der Besitz zuerkannt, so kann jeder, welcher ihn an der Erlangung, oder in der Fortsetzung desselben hindert, auf das Interesse belangt werden [13.]. Uebrigens können manche possessorische Rechtsmittel auch duplicia (§. 524.) seyn [14.]. Die, wo nur ein Theil Kläger seyn kann, werden dann simplicia (in einem andern Sinn, wie oben) genannt.

§. 702.

a.) Römische Theorie. A.) Remedia adipiscendae,

Im Römischen Recht kommen 1.) mehrere Rechtsmittel zur Erlangung des Besitzes vor, wobey, wenige Fälle abgerechnet [1.], das unbestimmte summarische Verfahren zu beobachten ist [2.]. Die einzelnen Rechtsmittel können hier aber noch nicht einzeln nahmhaft gemacht, sondern müssen, der Deutlichkeit wegen, unten in der Lehre vom Pfand- und Erbrecht (§. 882. 963.) beyläufig mit erwähnt werden [3.].

§. 703.

B.) remedia recuperandae,

2.) Zur Wiedererlangung eines verlornen Besitzes hat der Entsetzte, wenn er nicht mit gewaffneter Hand entsetzt ward, das inter-

I. de act. (4. 6.). [9.] Schmidt Lehrb. v. d. Klag. §. 148. [10.] L. 8. C. unde vi (8. 4.) L. 14. C. de agric. et cens. (11. 47.). [11.] S. oben §. 672. not. 1. A. M. ist Huber in prael. ad P. Epilogus ad Lib. 43. [12.] L. 1. §. 4. de carbon. edict. (37. 10.) S. auch unten §. 707. [13.] Tit. P. ne vis fiat ei qui in poss. (43. 4.). [14.] §. penult. I. de interd. (4. 15.) L. 2. D. eod. (43. 1.).

[1.] L. 1. §. 4. de Carbon. edict. (37. 10.). [2.] L. 3. 4. C. de interd. (8. 1.) Boehmer l. c. cap. 2. §. 8. [3.] S. bes. Pand. Lib. 37. Tit. 9. 10. Lib. 43. Tit. 2. 3. 5. 36.

dictum unde vi [1.], oder de vi simplici s. quotidiana; ward er aber durch Waffen entsetzt, das interdictum de vi armata, s. publica [2.]. Beyde sind sich jetzt im Ganzen einander gleich, und nur darin verschieden, daſs das letzte auch gegen die Personen, denen man Ehrfurcht schuldig ist, gerichtet werden kann, nicht aber das erste, an dessen Stelle hier eine Actio in factum tritt [3.]. Die Natur dieser Interdicte ergibt sich aus folgenden Sätzen: A.) Der Implorant ist jeder, welcher aus dem Besitz oder Quasi-Besitz einer unbeweglichen Sache, wozu auch die darauf befindlichen beweglichen gehören [4.], durch eine unerlaubte Handlung gebracht ist, diese sey nun eine Gewaltthätigkeit [5.], oder heimliches Eindringen, auf welches letzte aber natürlich (§. 279.) erst das Beruhigen des Besitzers erfolgen muſs, um als Entsetzung gelten zu können. Dieſs liegt denn schon an sich in der Klage [6.]. Wer aber durch Drohung bewogen, selbst den Besitz herausgibt, hat diese Interdicte so wenig [7.], als der, welcher Namens eines andern besaſs, und so entsetzt ward [8.], den einzigen Fall ausgenommen, wenn der juristische Besitzer abwesend ist [9.]. Besaſs er dagegen in eigenem Namen, so kommt nichts darauf an, ob der Besitz fehlerfrey war, oder ob er denselben heimlich, bittweise, oder mit Gewalt erlangt hatte [10.], und dann kann auch der Erbe sich dieser Interdicte bedienen [11.]. B.) Der Implorat ist jeder, welcher die Entsetzung vorgenommen, oder dazu mitgewirkt hat, nie aber der dritte Besitzer [12.]. Der Erbe des Entsetzenden kann nur durch die actio in factum auf so viel, als er reicher

[1.] F. G. Fleck comment. de interdicto unde vi et remedio spolii. Lips. 1797. 8. [2.] Rubr. Tit. P. de vi et vi arm. (43. 16.) §. 6. I. de interdict. (4. 15.). [3.] L. 1. §. 43. h. t. (43. 16.). [4.] L. 1. §. 4. 6. 7. 37. L. 3. §. 15. L. 9. §. 1. eod. [5.] L. 1. §. 3. 43. eod. [6.] L. ult. C. h. t. (8. 4.) L. 7. §. 5. communi divid. (10. 3.) Westphal Syst. des R. R. über die Arten der Sachen §. 320. Die im Text gemachte Einschränkung begegnet den Einwendungen bey Fleck l. c. p. 30. [7.] L. 5. h. t. (43. 16.). [8.] L. 1. §. 9. 10. eod. Meine Schrift über Bes. und Verjähr. 1. Thl. §. 11. 12. 13. [9.] L. 1. C. si per vim (8. 5.). [10.] §. 6. I. de interdict. (4. 15.) L. 14. h. t. (43. 16.). [11.] L. 1. §. 44. eod. [12.] L. 1. §. 12. 13. 14. L. 3. §. 12. L. 7. eod.

ist, belangt werden [13.]. C.) Das Gesuch geht innerhalb eines Jahres unbedingt auf Restitution, und das volle Interesse, nachher nur auf die erste allein [14.]. Die Strafen der Selbsthülfe, welche hier eintreten können, sind schon oben (§. 575.) erwähnt. D.) Die Verfahrungsart ist ganz die unbestimmt summarische [15.].

§. 704.

c.) remedia retinendae possessionis.

3.) Zur Schützung eines, nicht auf höhere Erlaubnifs (remissio) gestörten [1.], noch nicht verlorenen Besitzes gibt es die beyden Haupt-Interdicte: uti possidetis und: utrubi, jenes wegen unbeweglicher, dieses wegen beweglicher Sachen [2.]. A.) Der Implorant ist der, welcher im wirklichen juristischen Besitz auf eignen Namen war [3.], und zwar gegen den, welcher ihn störte, nicht heimlich, bittweise, oder mit Gewalt besafs [4.], unter welchen Umständen auch dem Nutzniefser und Usuar diese Rechtsmittel zustehen [5.]. Nach Justinianeischem Recht ist es genug, wenn nur bescheinigt wird, dafs der Implorant zur Zeit der erhobenen Klage sich in einem solchen fehlerfreyen Besitz befunden habe [6.]; nach Kanonischem Recht aber hilft diefs nicht, sofern der Störende einen älteren fehlerfreyen Besitz darthut [7.]. Wegen einer, nach dem Tode des Erblassers erfolgten Besitzstörung hat der Erbe nur dann diese Rechtsmittel, wenn er zur Zeit der Störung schon wirklich im Besitz war [8.]. B.) Der Implorat ist der Störende, nicht dessen Erbe als solcher [9.]. C.) Das Ge-

[13.] L. 1. §. 48. L. 2. L. 3. pr. eod. [14.] L. 1. pr. §. 31. 40. 41. L. 6. eod. [15.] Denn in den Gesetzen kommt keine Ausnahme vor.

[1.] Tit. P. de remission. (43. 25.). [2.] Tit. P. uti possidet. (43. 17.) Tit. P. utrubi (43. 31.). [3.] L. 3. §. 8. uti possid. (43. 17.). [4.] §. 4. I. de interdict. (4. 15.) C. F. M. Klepe de natura et indole possess. ad interdicta uti poss. et utrubi reddenda necessariae. Lips. 1794. Meine Schr. über Bes. u. Verj. 1. Thl. §. 13. [5.] L. 4. h. t. (43. 17.) Noodt de usufr. L. 2. c. 16. [6.] §. 4. I. de interdict. (4. 15.). [7.] cap. 9. X. de probat. (2. 19.). [8.] Meine a. Schr. §. 19. a. E. A. M. ist Schmidt v. d. Kl. §. 166. [9.] L. 1. §. 4. L. 3. §. 2. uti poss. (43. 17.) L. 22. C. de poen. (9. 47.).

such geht auf Entschädigung, Untersagung fernerer Störungen, und Bestellung einer hinlänglichen cautio de non amplius turbando [10.]. Im Uebrigen ist auch hier das Verfahren nicht abweichend.

§. 705.

Besondere Arten.

Das Römische Recht hat aufser diesen, auf Schützung und Wiedererlangung des Besitzes abzweckenden allgemeinen Rechtsmitteln, für einzelne Fälle, und namentlich für viele, welchen dingliche Rechte an der Sache eines andern zustehen, noch eine ganze Reihe besonderer Interdicte gestattet [1.], welche alle auf den bisher angeführten Principien beruhen, und in der Folge gelegentlich in der Lehre von den Servituten, dem Pfandrecht u. s. w. zu erwähnen sind [2.]. Nur das interdictum quod vi aut clam ist hier noch auszuheben. Vermöge desselben kann jeder, welcher ein Interesse dabey hat, und auch der Erbe, er besitze, oder nicht [3.], den, welcher heimlich oder mit Gewalt auf einer unbeweglichen Sache etwas aufgeführt, oder eine unbewegliche Sache, und was damit zusammenhängt, auf jene Art wirklich verdorben hat [4.], dahin durch eine actio in factum belangen, dafs er auf seine Kosten alles restituire, und dem Kläger das Interesse leiste [5.]. Gegen den dritten Besitzer geht die Klage nur dahin, dafs er die Restitution auf Kosten des Klägers geschehen lasse [6.], und gegen die Erben des Thäters nur auf so viel, als sie bereichert sind [7.]. Auch verdient noch das interdictum de precario Erwähnung, welches von dem, welcher einem andern eine Sache bittweise zu einem unbestimmten Gebrauch gege-

[10.] L. 1. pr. L. 5. §. ult. D. eod. Boehmer l. c. cap. 2. §. 9. Lauterbach coll. L. 43. T. 17. §. 12.

[1.] S. Pand. Lib. 43. Tit. 8—15. Tit. 18—32. [2.] Einige sind schon oben vorgekommen. §. 331. 576—580. [3.] L. 1. §. 1. L. 13. §. 3. 4. 5. L. 16. §. 2. L. 17. L. 19. quod vi aut clam. (43. 24.). [4.] Das Entwenden hängender Früchte gehört also nicht hieher, wohl aber Abhauen eines Baums u. dgl. L. 1. §. 4. L. 7. §. 5. 10. L. 8. L. 9. L. 11. §. 1. 2. L. 18. §. 1. L. 20. §. 4. L. 22. eod. [5.] L. 1. pr. L. 15. §. 7. §. ult. L. 16. pr. eod. [6.] L. 7. pr. L. 14. L. 16. §. 2. eod. [7.] L. 15. §. 3. eod.

ben hat, auf Wiedereinräumung des verweigerten Besitzes gerichtet werden kann [8.].

§. 706.

Neuere Erweiterungen. A.) Remedium spolii.

Manche wichtige Erweiterungen und Aenderungen sind durch das Kanonische Recht, die Reichsgesetze, und die Praxis eingeführt. Es hat nämlich 1.) das Kanonische Recht zur Wiedererlangung eines verlornen Besitzes [1.] unter der Benennung des remedii spolii ein neues Rechtsmittel gestattet, dessen man sich in Form einer Klage (actio spolii), oder einer Einrede (exceptio spolii) bedienen kann, und welches viel weitumfassender ist, als das interdictum unde vi, denn A.) kann jeder sich dessen bedienen, welcher auf irgend eine Art, auch ohne Arglist des Spolianten, in einem bisher Statt gehabten factischen Zustande, welcher dem gemeinen Recht nicht widerstreitet [2.], gestört ist, es mag nun dieser Besitz oder Quasibesitz vermöge eines dinglichen, oder persönlichen Rechts ausgeübt, entrissen, oder auf Drohungen aufgegeben, und das Object beweglich, oder unbeweglich seyn [3.]. B.) Es geht unbedingt auch gegen den Erben [4.], selbst gegen den Dritten, welcher, mit dem Spolio bekannt, die Sache erwarb, nicht aber gegen den Dritten in gutem Glauben [5.]. Eben so findet es C.) selbst gegen die Personen Statt, denen Ehrfurcht gebührt [6.]. D.) Die Verfahrungsart ist zwar auch hier im ganzen unbestimmt summarisch, jedoch unter folgenden Limitationen: a.) daſs der actio spolii keine Ein-

[8.] Tit. P. de precario (43. 26.).

[1.] Denn nach allen folgenden Gesetzen ist das remedium spolii kein remedium retinendae possessionis. Danz summar. Proc. §. 11. Müller ad Leyser Obs. 834. A. M. ist Struben 1. B. 142. Bed. S. auch überh. I. H. Boehmer I. E. P. L. 2. T. 13. Idem de depravato except. spolii statu (Exerc. T. 5.) Fleck comment. cit. p. 81. fgg. Woltaer Obs. iur. Fasc. 2. c. 35. [2.] Denn ist dieſs, so muſs der Besitz als solcher justificirt werden cap. 2. de restitut. spoliator. in 6. (2. 5.). [3.] cap. 2. 3. 4. 8. 10. 13. X. de restitut. spoliator. (2. 13.) Pufendorf T. 2. Obs. 142. Fleck l. c. p. 97 — 99. 108 — 110. [4.] cap. 5. X. de raptor. (5. 17.). [5.] C. 3. C. 3. qu. 1. cap. 1. de restit. spoliator. in 6. (2. 5.) Boehmer I. E. P. l. c. §. 7 — 11. 16. 17. I. U. Cramer opusc. T. 3. p. 91. fgg. A. M. ist Mevius P. 4. Dec. 69. P. 8. Dec. 383. [6.] cap. 7. X. de re-

rede [7.], selbst nicht die liquide Einrede des Eigenthums wider Willen des Klägers entgegengesetzt werden kann [8.], ausgenommen, wenn aus der Verwerfung der Einreden ein unersetzlicher Schade entstehen sollte [9.]. Die Leugnung des Grundes der Klage z. B. durch Bestreitung des Besitzes, oder das Vorgeben, daſs man den Kläger eigenmächtig zu entsetzen befugt gewesen sey, muſs aber natürlich dem Beklagten stets gestattet werden [10.]. Eben so singulair ist es b.) daſs die exceptio spolii als litis ingressum impediens (§. 678.) jeder, mit ihr in gar keiner Verbindung stehenden Klage, und auch der actio spolii entgegengesetzt werden kann; nur muſs sie dann vom Augenblick der Vorschützung binnen 15 Tagen erwiesen werden [11.].

§. 707.

B.) Possessorium summariissimum.

Um Gewaltthätigkeiten zu verhindern, ist a.) durch die Reichsgesetze [1.] vorgeschrieben, daſs wenn zwey Theile sich den Besitz anmaſsen, der Richter von Amtswegen oder auf Anrufen, zutreten, nach Umständen das Object sequestriren, oder einem Theil vorläufig zusprechen, und hiebey möglichst summarisch verfahren, aber dem Unterliegenden das possessorium und petitorium vorbehalten solle [2.]. Wegen der hier Statt findenden besondern Schnelligkeit, nennt man dieſs, den jüngsten Besitz betreffende Verfahren possessorium summariissimum, oder auch summarium; das, die Erhaltung des Besitzes betreffende, §. 704 erwähnte Verfahren aber, welches den ordentlichen Gang des summarischen Processes geht, und wobey die Art, die Güte, und das Alter des Besitzes in Betracht kommt, possessorium ordinarium, oder im Gegensatz des Ausdrucks summariissimum auch wohl possessorium summarium. Diese Eintheilung in possessorium ordinarium

stitut. spoliat. (2. 13.). [7.] cap. 1. 2. 3. 5. 6. X. eod. [8.] cap. 5. X. eod. vergl. mit cap. 2. 6. X. de caussa posses. (2. 12.) Leyser Spec. 504. m. 16. A. M. ist Müller Obs. 833. [9.] cap. 8. 13. X. de restit. spol. (2. 13.). [10.] cap. 12. X. eod. Boehmer l. c. §. 5. [11.] cap. 1. de restitut. spoliator. in 6. (2. 5.).

[1.] K. G. O. P. 2. Tit. 21. [2.] S. überh. Boehmer diss. cit. cap. 3. W. A. F. Danz Constitut. imper. special. super

und summarium ist also nur für die remedia retinendae possessionis erfunden [3.], obgleich die übrigen possessorischen Rechtsmittel auch bald im ordentlichen Wege des summarischen Processes verhandelt werden, bald ein unvollständiges summarisches Verfahren zulassen [4].

§. 708.

Form des Verfahrens.

Die Form des summariissimi, und vieles, was zur Natur desselben gehört, ist nicht durch die Gesetze bestimmt. Nach dem Geist derselben, und der Praxis, muſs man hierüber folgende Regeln aufstellen: A.) Wer den jüngsten Besitz auch nur eines kurzen Zeitraums [1.] nachweisen kann, ist provisorisch zu schützen, so bald er eine Störung nachweist, (weil diese schon Gewaltthätigkeiten befürchten läſst), ohne nach der Güte des Besitzes zu fragen; daher auch der Unterthan gegen den Regenten hier geschützt werden muſs [2.]. B.) Man begnügt sich mit einer unvollständigen Bescheinigung [3.]. C.) Der Implorat kann sich nur durch die Einreden schützen, welche einem unbedingten Mandat (§. 695.) entgegengesetzt werden können. Artet sich die Sache, wegen des bescheinigten Anbringens des Imploranten zum Mandats-Proceſs, so wird ein Befehl erlassen, sonst aber die Sache zur weiteren, in möglichster Schnelle durchzuführenden Verhandlung eingeleitet [4.]. D.) Dem Unterliegenden ist das possessorium ordinarium und petitorium vorzubehalten, und nach Umständen die Erstattung der Kosten [5.], auch, auf Verlangen, ein mündliches Angelöbniſs, den andern nicht stören zu wollen, aufzulegen [6.].

litigios. possess. disquisit. Stuttg. 1789. [3.] Boehmer Diss. cit. cap. 3. §. 5. Müller ad Leyser Obs. 822. [4.] S. oben §. 691. not. 2.

[1.] Boehmer l. c. §. 8. Manche verlangen mit Berger elect. process. poss. §. 22. einen einjährigen Besitz. [2.] Leyser Spec. 499. m. 8. 9. Müller Obs. 824. vergl. mit Meiner Schr. über Bes. und Verj. 2. Thl. §. 75. A. M. ist Danz summar. Proc. §. 16. [3.] Boehmer l. c. §. 10. Schaumburg princ. L. 2. c. 4. §. 8. Danz a. a. O. §. 17. [4.] Schaumburg l. c. §. 5. 6. [5.] Vergl. Danz §. 16. a. E. mit Hommel rhaps. Obs. 884. [6.] Schaumburg l. c. §. 10. not. 6.

§. 709.

II.) Nicht-summarische außerord. Processe. Concurs-Proceſs. 1.) Einleitung.

Zu den nicht-summarischen auſserordentlichen Processen gehört der peinliche, und der Concurs-Proceſs. Der erste ist hier zu übergehen, der letzte aber [1.] gegen die, freylich durch die Praxis genug auſser Acht gelassene gemeine Meynung, welche das Concursverfahren zu den summarischen zählt [2.], hieher zu rechnen. Denn kein Gesetz erlaubt hier eine besondere Abkürzung des Verfahrens, und die Gesammtheit aller Gläubigen hat keinen juristischen Grund, zu verlangen, daſs ein einzelner Gläubiger zu ihrem Vortheil sich in die, die Sicherheit der Rechtsverfolgung so sehr beschränkenden Grenzen des summarischen Verfahrens zurückdrängen lasse. Es läſst sich daher rechtlich nicht mehr behaupten, als daſs der Richter auch hier, wie überall im ordentlichen Proceſs, darauf bedacht seyn muſs, jeder Verschleppung der Sache durch chicaneuse Weiterungen möglichst entgegen zu arbeiten; indeſs werden diese theoretischen Ideen schwerlich jemals durchdringen, da das Römische Recht keinen eigentlichen Concurs-Proceſs kennt [3.], und der Einwand, daſs hier alles auf der Praxis beruhe, nach der gewöhnlichen Denkart von besonderm Gewicht ist.

§. 710.

Eintritt des förmlichen Concurses.

Die bloſse Insolvenz beraubt einen Schuldner an sich keineswegs des Dispositions-Rechts über sein Vermögen. Dazu bedarf es eines entscheidenden, rechtlichen, besonde-

[1.] Schriften über den Concurs und Concurs-Proceſs: S. de Samoza labyrinth. creditor. concurr. Frkf. 1663. Brunnemann process. concursus creditorum. Claproth summar. Proc. S. 411. fgg. Danz summar. Proc. §. 110. fgg. C. E. Dabelow Erläut. d. Lehre vom Concurs der Gläubiger. Halle. 1792—1795. 3. B. 8. 2te Au[fl]. Hal. 1801. 4. (Die letzte bezeichne ich in der Folge durch den bloſsen Namen des Vfssrs., die erste durch 1. Ausg.). Gönner Handb. 4. B. n. 56. Vergl. auch noch, ungeachtet des speciellen Titels, T. Hasche Erläut. d. Hamburgischen Falliten-Ordnung. 2. B. 8. Hamb. 1798. 1800. [2.] Claproth a. a. O. §. 343. Danz §. 144. nr. IV. [3.] Dabelow S. 259—275. 477—516.

ren Grundes, welcher nur entweder in der freywilligen Abtretung, oder der richterlichen Aberkennung liegen kann. Die letzte läſst sich nicht eher denken, als bis der Richter wirklich von der Insolvenz des Schuldners überzeugt geworden ist [1.]. Wird die Insolvenz des Schuldners durch die Forderungen mehrerer [2.] Gläubiger bewirkt, so heiſst dieſs Concurs der Gläubiger. Dieser Zustand (concursus materialis) muſs immer Statt finden, bevor der Schuldner, welchen man bey jener Concurrenz Gemeinschuldner (cridarius, Gantmann) nennt, durch Cession, oder richterliche Befehle das Dispositions-Recht über sein Vermögen verliert, und dasselbe auf seine Gläubiger überträgt. Von diesem Zeitpunkt an nennt man den Concurs einen förmlichen [3.]. Die Edictal-Ladung geht oft jenem Zeitpunkt vorher, oft folgt sie demselben [4.].

§. 711.

Abwendungsmittel. Nachlaſsverträge.

Ein Concurs kann auf mehrere Weise abgewandt und niedergeschlagen werden, und zwar 1.) durch Nachlaſsverträge der Creditoren [1.]. Diese können seyn A.) freywillige, wenn die gesammten Gläubiger dem Schuldner ungezwungen einen Nachlaſs ertheilen; oder B.) nothwendige, wenn einige Gläubiger durch die Einwilligung andrer gezwungen werden, sich einen Nachlaſsvertrag gefallen zu lassen. Die Praxis hat dieſs, vermöge der Ausdehnung einer sehr singulairen Vorschrift des Römischen Rechts [2.], bey jedem Concurs angenommen. Unter Voraussetzung der Rechtmäſsigkeit dieser Ausdehnung muſs man dann folgende Hauptsätze aufstellen: a.) Das allgemeine Princip ist,

[1.] Danz a. a. O. §. 125. [2.] Auch zwey reichen hin. Hofacker princ. T. 5. §. 4575. [3.] Ueber die Literatur dieser streitigen Eintheilung s. Danz §. 111. Dabelow S. 478. 498. 672 — 678. Gönner Handb. 4. B. n. 56. §. 16. fgg. [4.] Dabelow 1. Ausg. §. 11.

[1.] Happel Anl. z. Verfahren, Concurs-Processe abzuwenden. Gieſs. 1799. Lauterbach D. praeiudiciale pact. maior. part. creditor. Tub. 1667. I. H. Boehmer de pacto remissor. in concursu creditor. (Exerc. T. 5.) C. F. W. Frh. v. Völderndorf und Waradein. Etwas von Nachlaſsverträgen. Erlang. 1788. [2.] L. 7. §. 17 — 19. L. 8. 9. 10. de

dafs die Majorität die Minorität zur Eingehung eines Nachlafsvertrages zwingen kann, wenn sie dabey einen gleichförmigen, für alle geltenden Mafsstab festsetzt [3.], sowohl vor dem Concurs, als während desselben, dem gezwungenen Gläubiger sey seine Forderung bereits zuerkannt, oder nicht [4.]. b.) Die Majorität wird zunächst nicht nach den Köpfen, sondern nach den Summen, wozu auch die Zinsen zu rechnen sind, bestimmt, sodann aber nach der Kopfzahl, wobey correi (§. 204 — 207.) als Eine Person gelten. Bey gleicher Kopfzahl entscheidet die Würde, oder die für den Nachlafs stimmende Parthey [5.]. Sind mehr als zwey Partheyen, so gilt die Stimme der Parthey, welche im Gegensatz jeder andern einzelnen Parthey die mehrsten Köpfe zählt [6.], c.) Ist eine Majorität vorhanden, so müssen aber auch die Gläubiger von der Art seyn, dafs sie die andern überstimmen können. Die Regel ist hier: simple persönliche Gläubiger können durch ihres gleichen, und durch Pfandgläubiger zum Beytritt gezwungen werden [7.], nicht aber ein privilegirter persönlicher [8.], oder ein Gläubiger, welcher sich einen Bürgen hat bestellen lassen [9.], so wenig, als ein Pfandgläubiger durch einen andern [10.]. Da endlich d.) jeder Nachlafsvertrag eine Schenkung ist, so befreyet er den Schuldner auf immer von allen weiteren Ansprüchen [11.], und kann nur wegen eines Betrugs, nicht aber wegen einer unmäfsigen Verletzung (§. 179 — 182.) angefochten werden [12.].

§. 712.

Moratorien.

Ein ferneres Mittel ist 2.) wenn der Schuldner sich eine, die gesetzlichen Zahlungsfristen

pact. (2. 14.) Dabelow S. 284. 296. 558. 559. [3.] L. 7. §. ult. l. c. Boehmer l. c. §. 11. [4.] Dabelow S. 568—572. [5.] L. 8. L. 9. eod. Dabelow S. 284—287. In Betreff der Würde behauptet jetzt das Gegentheil Dabelow S. 559. [6.] Lauterbach l. c. §. 20. 21. [7.] L. 10. pr. eod. Ueber die angeblichen Ausnahmen bey Boehmer l. c. §. 14. fgg. s. Dabelow S. 561—567. [8.] Denn L. 10. pr. eod. L. 58. mandati (17. 1.) widerstreiten sich. A. M. sind Dabelow S. 291. 292. Voet Comm. L. 2. T. 14. §. 29. [9.] L. 58. cit. A. M. ist Dabelow S. 288—290. [10.] L. 10. pr. de pact. (2. 14.) Dabelow S. 287. A. M. ist Danz summar. Proc. §. 124. [11.] A. M. ist Danz a. a. O. [12.] Dabelow S. 574. 575.

überschreitende Dilation auswirkt. Eine solche Stundung kann nur erhalten werden, entweder von den Creditoren, wo denn die Majorität wieder entscheidet [1.], oder vom Regenten. Im letzten Fall nennt man das Privilegium einen Anstands- oder eisernen Brief (moratorium, literae induciales, dilatoriae, respirationis, securitatis) [2.]. Ueber die Natur der letzten bemerke man noch A.) wer ein Moratorium erhalten will, muſs darthun, daſs er zwar hinreichendes Vermögen habe, jedoch durch Zahlung insolvent zu werden Gefahr laufe, daſs er ohne seine Schuld in diese Lage gekommen, und wahrscheinlich durch eine Befristung zu retten sey [3.]. Dabey muſs er wegen der künftigen Zahlung Sicherheit stellen [4.]. B.) Die Länge der Befristung hängt von der Willkühr des Regenten ab, und ward bey den Römern gewöhnlich auf 5 Jahre gesetzt. Daher der Ausdruck: literae oder induciae quinquennales [5.]. C.) Nur der Regent kann Moratorien ertheilen. Die, Mittelbaren vom Kaiser ertheilten, werden nicht mehr respectirt [6.]. D.) Moratorien heben keine Rechte auf, entfernen aber den Anfang des Verzugs. Sie hemmen also nicht den angefangenen Zinslauf, entfernen aber dessen Anfang [7.]. E.) Ein vom Regenten ertheiltes Moratorium schützt nur gegen die, bey Ertheilung desselben vorhandenen, nicht gegen nachher entstehende Forderungen [8.]; gegen die ersten aber auch unbedingt [9.]. Den Erben des Schuldners kommt es nicht zu Statten [10.], wohl aber dessen Bürgen [11.].

[1.] L. 8. C. qui bon. ced. poss. (8. 71.) Pufendorf T. 2. Obs. 164. Bülow und Hagemann Erört. 1. B. n. 63. Dabelow S. 158. [2.] L. 4. C. de precib. imper. offer. (1. 19.) I. H. Boehmer de literis respirationis. (Exerc. T. 3.) G. P. Muhl pract. Beytr. zu der Rechtslehre v. d. Moratorien. Manh. 1798. 2. B. 8. [3.] Muhl §. 23—65. §. 87. §. 112—114. [4.] L. 4. C. cit. Boehmer l. c. §. 14. Muhl §. 117 — 171. [5.] Boehmer l. c. cap. 2. §. 7. [6.] Boehmer l. c. §. 2—4. [7.] Boehmer l. c. §. 16. Chladen de rescript. morator. cursum usurar. non sist. Viteb. 1757. [8.] Boehmer l. c. cap. 3. §. 12. [9.] Ein Heer willkührlicher Ausnahmen s. bey Boehmer l. c. cap. 3. Muhl §. 68—109. vergl. mit Dabelow S. 502 — 504. [10.] Boehmer l. c. cap. 2. §. 8. vergl. mit diesem Lehrbuch §. 26. [11.] Dabelow S. 175—177.

§. 713.

2.) Wirkung des Concurses. Güterabtretung.

Ist Jemand insolvent, so geht in dem Augenblick des förmlichen Concurses das Dispositions-Recht über das gesammte, zu dieser Zeit vorhandene Vermögen desselben, in so weit, als der Schuldner nach allgemeinen Grundsätzen (§. 57—64.) es auch ohne Concurs hätte abtreten können, auf dessen Schuldner über, und selbst mit seiner Person ist er ihnen nach der Strenge des Rechts verhaftet [1.]. Das erste leidet nach der Praxis in Ansehung der täglichen Kleider eine Ausnahme, welche man dem Schuldner läſst [2.], so wie in den Fällen, wo der Schuldner die Wohlthat der Competenz (§. 88—90.) hat; den Personal-Arrest hingegen kann der Schuldner vermeiden, wenn er, wobey aber auch die Gläubiger zu hören sind, einen unverschuldeten Vermögensverfall darthut, und nach einer eydlichen Designation den Gläubigern sein Vermögen abtritt [3.]. Man nennt dieſs die Wohlthat der Güterabtretung (beneficium cessionis bonorum), welcher aber auch entsagt werden kann [4.]. Die Folgen derselben bestehen nicht allein in Abwendung des Personal-Arrestes, sondern noch darin, daſs die Gläubiger dem Schuldner, wenn er in der Folge zu Vermögen kommt, die Wohlthat der Competenz lassen müssen [5.]. Formalitäten sind jetzt nicht dabey nöthig [6.].

§. 714.

Verlust des Dispositionsrechts.

Durch den Concurs verliert der Schuldner nicht unwiderruflich seine Rechte, sondern er kann bis zum Verkauf seiner Sachen wieder in alle Güter eintreten, wenn er die Gläubiger befriedigt [1.]. Darum, und weil Verbindlichkeiten nicht einseitig übertragen werden können, sind denn die Creditoren nicht als allgemeine, sondern nur als besondere Nachfolger des Schuldners anzusehen [2.], und erhalten

[1.] L. 1. L. ult. C. qui bon. ced. poss. (7. 71.). [2.] Mevius Discuss. levam. inopiae debitor. c. 4. S. 2. [3.] L. 1. L. 3. L. 4. C. eod. L. 8. L. ult. D. h. t. (42. 3.). [4.] Viele leugnen dieſs. Cocceii L. 42. T. 3. qu. 3. Struv Exerc. eod. §. 28. Olearius de renunciat. cess. bonor. a debitore facta. Lips. 1703. [5.] L. 4. 6. 7. C. eod. [6.] L. 6. C. eod. Dabelow S. 130. 131.

[1.] L. 3. L. 5. h. t. (42. 3.) L. 2. C. eod. (7. 71.). [2.] G. L.

blofs die freye Disposition über die Güter, welche der Schuldner vollständig cediren konnte; das Benutzungsrecht, wo der Schuldner blofs diefs, und nicht das Recht selbst abzutreten befugt war [3.]; keines von beyden hingegen, wenn das Recht selbst von der besondern Natur ist, dafs nicht einmal die Ausübung desselben von der Person des Schuldners getrennt werden kann [4.]. Deswegen sind denn auch die Gläubiger, als besondere Nachfolger, nie verpflichtet, die, wegen einer Sache vom Schuldner geschlossenen, ein blofs persönliches Recht ertheilenden Verträge des Schuldners zu halten [5.], obgleich sie dingliche Lasten anerkennen müssen [6.], auch sich im Zweifel die Vortheile, welche aus einem zweyseitigen Vertrage für den Schuldner entspringen (wo nämlich der Schuldner die Ausübung des persönlichen Rechts abtreten konnte), allerdings anmafsen können. Eine Zollpachtung (§. 299.) oder eine andre Pachtung landesherrlicher Güter erlischt jedoch durch den Concurs [7.].

§. 715.

Vindicanten und Separatisten.

Aus der Regel, dafs das Dispositions-Recht über das gesammte übertragbare Vermögen des Schuldners dessen Gläubigern anheim fällt, folgt denn nun weiter A.) dafs alle die, welche ein dingliches Recht haben, welches nicht accessorisch zur Deckung einer persönlichen Forderung an den Gemeinschuldner dient [1.], und dessen Object sich in der Mas-

Boehmer de iure circa conduct. orto advers. conductorem concursu §. 4. 5. (Elect. T. 1. n. 11.). A. M. ist mit manchen G. S. Wiesand Progr. de concursu cred. obaerati debitoris vice fungente. (op. p. 239. fgg.). [3.] L. 4. C. qui bon. ced. poss. (7. 71.). Pufendorf T. 4. Obs. 229. [4.] Z. B. §. 1. 2. I. de usu (2. 5.). Ueberh. Dabelow S. 120—128. [5.] Ueber die mancherley abweichenden Ideen andrer s. Boehmer l. c. Leyser Sp. 220. m. 6. Hommel rhaps. Obs. 193. Müller Obs. 445. Dabelow S. 279—82. 709. fgg. Man stütze sich hier nur auf die Natur der Cession, und berufe sich nicht auf L. 8. §. 1. de reb. auct. iudic. (42. 5.), welche allein von der, zunächst eine blofse custodia ertheilenden inmissio rei servandae caussa handelt: so ist alles klar. [6.] v. Trützschler Vers. einer genaueren Bestimmung des Rechts wiederkäuflicher und ablöslicher Zinsen bey entstandenem Concurse. Altenb. 1777. [7.] L. 10. §. 1. C. de vectigal. (4. 61.) L. 2. C. de fundis rei privatae (11. 65.).

[1.] Man denke an die Pfandgläubiger des Schuldners, welche

se befindet, durch eine dingliche Klage die Sache aus der Mafse ziehen können, ohne an dem, zur Befriedidung der Creditoren dienenden Verfahren Theil zu nehmen. Man nennt diese Personen gewöhnlich [2.] Vindicanten, oder Separatisten iure dominii [3.]. B.) Dafs das gesammte Vermögen des Gemeinschuldners, nach Absonderung dessen, was nicht dazu gehört, den sämmtlichen Gläubigern vereint zufällt, und dafs sie daraus, als Einer Masse, vereint ihre Befriedigung suchen müssen. Nur einige Fälle gibt es, da Gläubiger (welche man dann Separatisten, Quasi-Separatisten, oder Separatisten iure crediti nennt) das besondere Vorrecht haben, zu verlangen, dafs sie aus einem besondern Theil des Vermögens allein befriedigt werden. Wenn nämlich a.) ein Kaufmann mehrere Handelsbuden gehabt hat, so können, nach einer, nun einmal angenommenen Ausdehnung des Römischen Rechts [4.], die Gläubiger, welche in Rücksicht der einen Handelsbude contrahirt haben, vor allen andern ihre Befriedigung verlangen. Eben diefs findet b.) Statt, wenn Jemand mit einem Soldaten in Rücksicht des peculii castrensis desselben, oder einem Vasallen in Ansehung des Lehens contrahirt hat [5.]. Endlich können c.) die Gläubiger eines Erblassers verlangen, dafs dessen Güter von den Gütern des Erben zu ihrer Befriedigung abgesondert werden [6.], sie mögen persönliche Gläubiger seyn, oder nicht [7.], nur müssen sie innerhalb der ersten 5 Jahre vom Augenblick der Antretung der Erbschaft [8.], vor

das Pfand von ihm erworben haben. Hier zieht ausgemacht das Hauptrecht das accessorische in den Concurs. Das Bestimmtere hierüber unten in der Lehre von der Concurrenz der Pfänder. [2.] Die Terminologie ist hier sehr verschieden. S. I. C. Schmidt v. Separatisten in geistl. und weltlichen Sachen. Jena. 1788. C. G. Biedermann praes. A. C. Stockmann de separationibus edicto praetor. haud concessis. Lips. 1788. [3.] Gmelin v. d. Rangordn. der Gläubiger. 1. Cap. Auch die Frau gehört oft hieher. S. oben §. 422. 423. B. F. Pfitzer Rechte und Verb. d. Weiber bey einem Gantprocefs über das Vermögen ihrer Männer. 2. B. 8. [4.] Denn L. 5. §. 15. 16. de tributor. act. (14. 4.) ist sehr speciell. Cocceii L. 14. T. 4. qu. 3. Dabelow S. 347. 348. [5.] L. 7. de castrens. pec. (49. 15.). Hellfeld de iure cred. allodial. intuitu feudi §. 15. (op. p. 505.). Andre angebliche Ausnahmen widerlegt Dabelow S. 354. 355. [6.] L. 1. §. 3. de separat. (42. 6.). [7.] Dabelow S. 332. 333. [8.] L. 1.

dem, ohne Arglist geschehenen Verkauf [9.], und vor der unzertrennlichen Vereinigung derselben mit den eignen Gütern des Erben, darum nachsuchen [10.], auch durch keine Handlung ihr Zutrauen zu dem Erben zu erkennen gegeben haben [11.]. Erhalten sie die Separation, so können sie in der Regel die eignen Güter des Erben nicht in Anspruch nehmen [12.], ausgenommen wenn der Fall sich zur Restitution gegen die erbetene Separation artet [13.], wenn gegen den Erben noch aus einem andern Grunde, als weil er Erbe wird, eine Klage Statt findet [14.], oder endlich dem Erben nach Befriedigung seiner eignen Gläubiger noch ein Ueberschuſs bleibt [15.]. Die eignen Gläubiger des Erben können dagegen in der Regel keine Separation der eignen Güter des Erben zu ihrer besondern Befriedigung verlangen, es sey denn, daſs er die Erbschaft arglistig zu ihrem Nachtheil antrat, oder zu deren Antretung gezwungen ward [16.]. Auf dieser Unterscheidung zwischen der Concurrenz zu allen, oder einigen, als besonderes Vermögen betrachteten Gütern einer Person gründet sich die Eintheilung in den **allgemeinen** und **besondern Concurs** [17.].

§. 716.

Gemeinschaft der Gläubiger.

Eine fernere Folge des Concurses besteht darin, daſs dadurch eine **Gemeinschaft** unter den Gläubigern begründet wird, d. h. daſs alle in einem gleichförmigen Proceſs-Gange ihre Befriedigung suchen müssen [1.]. Kein Gläubiger kann daher seine Forderung durch eine besondere Proceſsart verfolgen [2.], auch muſs er die Sache, woran er ein Retentions-Recht (§. 282.) ausüben kann, zur Masse liefern [3.], wodurch er jedoch offenbar die Vortheile des Retentions-Rechts nur insofern verlieren kann, als Gläubiger vorhanden sind, welche ihm ohne Concurs vermöge eines dinglichen Rechts die Sache ohne Vergütung hätten aus den Händen ziehen können [4.]. Kein Gläubiger kann

§. 13. eod. [9.] L. 2. eod. [10.] L. 1. §. 12. eod. [11.] Z. B. Annahme eines Pfandes, und zwar unbedingt L. 1. §. 11. 15. eod. A. M. ist zum Theil Dabelow S. 329. 330. [12.] L. 1. §. 17. L. 3. §. 2. L. 5. eod. [13.] L. 1. §. 17. eod. [14.] L. 3. §. 1. eod. [15.] L. 3. §. 2. eod. [16.] L. 1. §. 5. 6. 8. eod. [17.] Gönner jur. Abh. 2. B. n. 42.

[1.] Dabelow S. 679 – 681. [2.] Pufendorf T. 4. Obs. 83. [3.] Gönner Handb. d. Proc. 1. B. n. 25. [4.] Ueber

daher auch vor geendigtem Concurs-Verfahren, wenn er nicht etwa höchst wahrscheinlich Befriedigung zu hoffen hat, und dabey Sicherheit stellt, Befriedigung verlangen [5.].

§. 717.

Anziehende Kraft des Concurses.

Aus diesen herrschenden Begriffen über die Gemeinschaft der Gläubiger, und den gangbaren Lehrsätzen über Connexität (§. 542.), ist denn auch der, zwar theoretisch nicht unangefochten gebliebene [1.], aber durch die Praxis überall eingeführte Satz entstanden, dafs der Concurs eine anziehende Kraft habe [2.], d. h. dafs alle, auf das Vermögen des Schuldners gerichteten [3.], bey andern Gerichten anhängigen besondern Processe an das Concurs-Gericht abgegeben werden müssen, und dafs das letzte von allen andern Gerichten die Remission des, in dem Bezirk derselben belegenen schuldnerischen Vermögens verlangen kann. Nimmt man den Satz als Regel des gemeinen Rechts an, so mufs man in Deutschland denselben auch für Richter fremder Territorien gelten lassen [4.]. Das Concursgericht ist übrigens immer da, wo der Schuldner seinen allgemeinen (gemeinen, oder befreyten) Gerichtsstand hat, der Concurs sey allgemein, oder besonders. Das Gericht der gelegenen Sachen kann selbst bey einem besondern Concurse nicht competent werden, weil die, den Concurs veranlassenden Klagen keine solche sind, welche nach §. 540. diesen Gerichtsstand zu begründen vermögen [5.].

diese Fälle, worüber vorläufig Weber Versuche 1. B. n. II. 3. nachzusehen ist, unten im Pfandrecht. Ueber die abweichenden Ideen andrer in Betreff der Wirkungen des Ret. R. im Concurse s. Dabelow S. 682—684. Danz summ. Proc. §. 116. Gönner Handb. 4. B. n. 56. §. 10. [5.] Claproth summ. Proc. §. 455. Cannegiesser T. 2. Dec. 247. Bülow und Hagemann Erört. 1. B. n. 71.

[1.] Wiese de concursu creditor. lites alibi pendentes non turbante. Rost. 1789. Dabelow S. 726—746. [2.] Danz summar. Proc. §. 118. [3.] Boehmer ius D. L. 42. T. 5. §. 17. [4.] Dabelow S. 746 65. Ueber die einstimmige Reichshofraths-Praxis s. Gönner jur. Abh. 2. B. n. 43. Viele sind A. M. C. A. Thon (praes. Reichardt) de effectu fori concurs. creditor. universal. rat. bonor. territ. alieni. Jen. 1775. Gmelin vom materiellen Concurs. §. 21. [5.] Abweichend zum Theil ist Danz §. 122. Leyser Sp. 72. m. 6. Vergl. Dabelow S. 716—718.

§. 718.

Actio Pauliana. Interdictum fraudatorium.

Eine besonders wichtige Folge des Concurses besteht endlich darin, daſs die Gläubiger in vielen Fällen eine, zu ihrem Nachtheil gereichende Disposition des Schuldners anfechten können, und zwar entweder als nichtig, wenn sie während des förmlichen Concurses, oder wenigstens durch rescissorische, eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bezweckende Rechtsmittel, wenn sie vor dem förmlichen Concurse geschah. Diese letzten, vom Prätor ertheilten Rechtsmittel sind A.) die actio Pauliana, Paulliana [1.], oder actio in factum [2.]. Der Zweck dieser Klage, — welche, da sie nur gegen den Empfänger, nicht aber gegen den dritten Besitzer gerichtet werden kann [3.], zu den persönlichen Klagen gehört [4.], — ist in der Hauptsache auf Herstellung in den vorigen Stand [5.], und zuweilen auch auf Bestrafung des Schuldners gerichtet [6.]. Der Beklagte in bösem Glauben haftet unbedingt wegen der Sache, des Werths derselben, aller gezogenen und vernachlässigten Früchte (§. 246.), und des Interesse [7.]; der Beklagte in gutem Glauben, und eben so bey den Römern auch unbedingt der Erbe [8.], nur in soweit, als er bereichert ist, und nur wegen der, zur Zeit des Erwerbs der Sache hängend gewesenen, und nach der Einlassung percipirten Früchte [9.]. Zinsen gibt der Beklagte nie, ausgenommen, wenn ihn die Gläubiger wegen einer ihm erlassenen verzinslichen Schuld belangen [10.]. Außerdem haben die Gläubiger B.) gegen den, wider welchen die actio Pauliana Statt findet, ein sogenanntes Interdictum fraudatorium [11.]. Da die Gesetze dessen

[1.] G. L. Menken de act. Pauliana (opusc.). A. F. Frick de revocandis tam rebus alienatis, quam nummis solutis imminente aut moto concursus iudicio. Helmst. 1777. C. S. C. Haenlein de act. Paul. natura, requisitis et usu forensi. Ansp. 1785. [2.] L. 10. pr. L. 14. L. 25. §. 4. quae in fraud. cred. (42. 8.). [3.] L. 9. eod. L. 38. de usur. (22. 1.). [4.] Dabelow S. 390—408. Meine Vers. 2. B. S. 45. 46. [5.] L. 10. §. 22. h. t. (42. 8.). [6.] L. 1. pr. L. ult. §. ult. eod. [7.] L. 6. §. 11. L. 10. §. 20. eod. [8.] L. 10. §. ult. L. 11. eod. Nach §. 293. ändert sich dieſs jetzt. Danz summar. Proc. §. 113. not. h. [9.] L. 6. §. 11. L. 24. §. 4. 5. eod. Voet eod. §. 11. [10.] L. 10. §. 22. eod. [11.] L. 60. mandat. (17. 1.) L. 67. ad SCt. Trebell. (36. 1.) L. 96. §. 1. de solut.

Natur unerörtert gelassen haben, so ist sie nach den allgemeinen Grundsätzen über die Interdicte zu bestimmen [12.].

§. 719.

Fortsetzung.

Um genau die Fälle, wann und unter welchen Umständen jene prätorischen Klagen angestellt werden dürfen und müssen, kennen zu lernen, unterscheide man: I.) der Schuldner veräufserte nichts von seinem Vermögen, sondern schlug blofs einen Erwerb aus, wohin auch der Fall gehört, wenn er ein, ihm ipso iure angefallenes Recht, dessen Anfall durch blofse Misbilligung rückwärts vernichtet werden kann, aufgibt [1.]: alsdann dürfen die Gläubiger sich nie beschweren, die Entsagung sey vor [2.], oder nach dem förmlichen Concurse geschehen [3.]. Selbst der Fiscus macht keine Ausnahme [4.]. II.) Verringerte der Schuldner sein Vermögen, und zwar 1.) nach Ausbruch des förmlichen Concurses, so ist jetzt [5.] die ganze Handlung nichtig [6.], vorausgesetzt nämlich, dafs das veräufserte Object zur Concurs-Masse gehörte. Geschah sie aber 2.) vorher, so unterscheide man weiter, A.) der Schuldner war bey der Veräufseruug in gutem Glauben: dann kann die actio Pauliana nie angestellt werden [7.], wohl aber dürfen die Gläubiger sich der, dem Schuldner selbst zugestandenen, auf Aufhebung des Geschäfts gerichteten Rechtsmittel bedienen [8.]. War aber B.) der Schuldner in einem, zu erweisenden [9.], bösen Glau-

(46. 3.). [12.] Dabelow S. 387. 447—449.

[1.] L. 1. §. 6. si quid in fraud. patroni (38. 5.). Dabelow S. 374—379. [2.] L. 1. §. 6. l. c. L. 67. §. 1. ad SCt. Trebell. (36. 1.) L. 6. h. t. (42. 8.). Dabelow S. 460—474. [3.] L. 6. de cess. bon. (42. 3.). G. B. Beckmann de debitore obaerato in praeiudic. creditor. non acquirente. Goett. 1774. §. 27. fgg. A. M. ist Dabelow S. 452—60. [4.] L. 26. de iure fisci (49. 14.). Dem ist auch L. 45. eod. nicht zuwider. Hennemann über die bevorzugte Hypothek des Fiscus in den, nach dem Contract erworbenen Gütern. Schwer. u. Wism. 1800. §. 7. not. mm. S. 29. fgg. Abweichend ist Beckmann l. c. §. 25. Dabelow S. 474—477. [5.] Denn bey der Römischen inmissio verhielt es sich, den Fall der Zahlung abgerechnet, ganz anders. L. 6. §. 6. L. 9. L. 10. §. 16. h. t. (42. 8.). [6.] Dabelow S. 381—383. 437. 438. [7.] L. 1. pr. L. 2. L. 10. eod. Dabelow S. 383. 384. 410. [8.] L. 22. eod. Dabelow S. 438. not. b. [9.] L. 17. §. 1.

ben, so können alle Gläubiger [10.], denen die Veräufserung nachtheilig war [11.], und welche sie nicht wissentlich geschehen liefsen [12.], sich jener prätorischen Rechtsmittel bedienen, und zwar a.) bey einer unentgeltlichen Veräufserung unbedingt, der Empfänger habe nun an der Arglist Theil genommen, oder nicht [13.]. Eben diefs mufs dann auch (weil hier wirklich auch nur ein lucrativer, und kein oneroser Erwerb Statt findet) der Fall seyn, wenn der Schuldner einem seiner Gläubiger, um ihn widerrechtlich zu begünstigen, Zahlung leistet [14.], oder für eine schon vorhandene Schuld ein Pfandrecht constituirt [15.]. Der Fiscus hat jedoch das besondere Vorrecht, jede, ihm nachtheilig gewordene, ohne Arglist geschehene Zahlung anfechten zu dürfen, wobey er aber keine Zinsen fordern kann [16.]. War endlich b.) die arglistige Veräufserung eine onerose [17.]: so mufs der Empfänger, ausgenommen wenn der Fiscus klagt [18.], gleichfalls in bösem Glauben gewesen seyn [19.], welches bey vernunftlosen Personen jedoch immer als wirklich angenommen wird [20.]. In einigen Fällen kann die actio Pauliana nur utiliter (§. 53.) angestellt werden, nämlich gegen die Legatare, wenn die Erbmasse nicht zureicht [21.], oder wenn ein, zum Nachtheil der Gläubiger veräufsernder Erbe sich gegen die Antretung der Erbschaft hat restituiren lassen [22.].

§. 720.

3.) Concursverfahren.

Der Zweck des Concursverfahrens ist im Wesentlichen auf zweyerley gerichtet, erstlich auf Regulirung des Vermögens, und zweytens auf

eod. Dabelow S. 410. 411. 415. 416. [10.] Dabelow S. 386. 387. [11.] L. 10. §. 1. eod. Dabelow S. 411. 412. [12.] L. 6. §. 9. eod. [13.] L. 6. §. 1. eod. L. pen. C. eod. (7. 75.). [14.] L. 24. D. eod. Struben 1. B. 105. Bed. Gmelin vom materiellen Concurs. §. 19. Dabelow S. 419—430. [15.] L. 10. §. 13. L. 13. L. 22. eod. Dabelow S. 430. 431. 437. G. E. Oelze de creditore sibi vigilante. Jen. 1769. [16.] L. 18. §. 10. de iure fisci (49. 14.) L. 5. C. de privil. fisci (7. 73.). Dabelow S. 450. 451. [17.] Wohin auch die Eingebung der Brautgabe in Rücksicht des Schwiegersohns gehört L. 25. §. 1. eod. Voet eod. §. 6. Dabelow S. 414. [18.] L. 5. C. de privil. fisci (7. 73.). Dabelow S. 450. [19.] L. 6. §. 8. L. 9. D. h. t. (42. 8.). [20.] L. 6. §. 10. eod. [21.] L. 6. §. 13. eod. [22.] L. 10. §. 10. eod. In dem Fall der L. 18. eod. kann jetzt noch L. 2. eod. direct geklagt werden. Dabelow S. 417—421.

Befriedigung der Gläubiger. Schon vor dem förmlichen Concurse kann manches von diesen Geschäften besorgt werden, auch greifen sie während des Concurses mannigfaltig in einander [1.]; indeſs müssen beyde in der theoretischen Darstellung von einander geschieden werden.

§. 721.

A.) Regulirung der Masse. Curator bonorum.

Zur Regulirung der Masse gehört A.) daſs das vorhandene Vermögen gehörig verwahrt, und zu diesem Ende in der Regel versiegelt werde [1.]. Hierauf muſs der Richter B.) sofern die Weitläuftigkeit der Masse dieſs erfordert, zur Administration derselben einen, oder mehrere Güterpfleger (curatores bonorum) bestellen, wobey die Mehrheit der Gläubiger, wenn diese es wollen, entscheidet [2.]. In der Regel kann jeder zum Güterpfleger ernannt werden, nur nicht der Schuldner; jedoch muſs er durch Pfänder oder Bürgen Sicherheit stellen [3.], auch dieses Amt freywillig übernehmen [4.]. Die Pflichten desselben sind nicht die eines bloſsen Depositars [5.]. Er muſs vielmehr zuvörderst ein ordentliches Güterverzeichniſs unter öffentlicher Autorität aufnehmen; alles zur Masse gehörige einfordern; was nicht zu derselben gehört davon trennen; für die gehörige Nutzung der Sachen sorgen [6.]; jährlich Rechnung ablegen, und sobald als möglich alle Güter, und zwar, wenn ihm dieſs nicht durch die Gläubiger [7.] erlassen wird, unter öffentlicher Auctorität veräuſsern [8.], ohne sich als solcher jemals auf die Befriedigung der Gläubiger und deren Forderungen einzulassen, [9.]. Mehrere

[1.] Claproth summarische Proc. §. 298.

[1.] Ueber die Form der Versieglung s. Claproth v. freywill. Gerichtsh. §. 122. fgg. [2.] L. 2. pr. L. 5. de curat. bon. dand. (42. 7.). [3.] L. 3. C. de postlimin. revers. (8. 51.) Danz summar. Proc. §. 129. [4.] L. 2. §. 3. eod. [5.] Gönner jur. Abh. 2. B. n. 44. [6.] Danz a. a. O. §. 130 — 134. [7.] Hält man einmal mit der Praxis die öffentliche Versteigerung für absolut nützlich, so sollte eigentlich der Schuldner auch befragt werden. [8.] Hellfeld progr. de bonis debitor. post eorum cessionem distrahendis (op. p. 561.). [9.] Pufendorf T. 1. Obs. 177. A. H. Hertel de differentia curatoris litis et bonorum. Erf.

Güterpfleger sind den Gläubigern, und dem Gemeinschuldner eben so verantwortlich, wie nach dem obigen (§. 507.) mehrere Vormünder dem Mündel [10.]. Dagegen kann aber auch der Güterpfleger ein angemessenes Honorar fordern [11.].

§. 722.

B.) Verfahren über die Befriedigung. a.) Liquidations-Verfahren.

Das Verfahren über die Befriedigung der Gläubiger muſs (wiewohl hier oft das Spätere zum Früheren gemacht, und die Ordnung verkehrt wird) damit den Anfang nehmen, daſs die Gläubiger ihre Forderungen angeben und beweisen (Liquidations-Verfahren). Zu diesem Ende muſs der Richter vorerst eine Ladung erlassen, und zwar an die bekannten Gläubiger eine Privat-, an die unbekannten eine Edictal-Ladung, welche nach dem Herkommen in drey verschiedenen Landen zu publiciren ist, und zwar dreymal, wenn nicht darin eins für alles eine Frist gesetzt ist [1.]. Wer nicht erscheint wird dann, sofern er nicht Restitution erhält, während des Concurses, Falls nicht ein Ueberschuſs bleiben sollte [2.], von der Concurs-Masse, aber nicht weiter, ausgeschlossen; auch tritt diese Strafe der Präclusion nicht eher ein, als bis, auf Antrag der Interessenten, der Richter darauf erkannt hat [3.]. Meldet sich hingegen ein Gläubiger, und wird seine Forderung als falsch verworfen, so verliert er sie durchaus, und auf immer [4.].

§. 723.

Concurs-Vertreter.

Eine fernere Pflicht des Richters ist hierauf, dafür Sorge zu tragen, daſs keine unrichtigen Forderungen gegen die Masse geltend gemacht wer-

1738. [10.] L. 2. §. 2. 5. L. 3. h. t. (42. 7.) L. 9. §. 3. 5. de reb. auct. iud. (42. 5.). [11.] Danz §. 130.

[1.] Danz summar. Proc. §. 136. 137. [2.] Pufendorf T. 3. Obs. 85. §. 4. [3.] S. überh. (v. Trützschler) die Lehre von der Präclusion 2. Aufl. Leipz. 1802. Weber über die natürl. Verbindl. §. 93. 109. Dabelow S. 519 — 558. [4.] Claproth summar. Proc. §. 450. Dabelow S. 645. 646. Der Einwand bey Pufendorf T. 1. Obs. 176. ist sinnreich, aber iuristisch unwahr.

den. Ist es ihm selbst nicht möglich, in dieser Rücksicht den Schuldner zu vertheidigen, so muſs er zu dem Ende, ohne den Gläubigern hiebey eine Concurrenz zu gestatten [1.], einen sogenannten Concurs-Vertreter oder Contradictor ernennen [2.], welcher die Angaben der Gläubiger prüfen, und wenn sie zweifelhaft sind, eben so anfechten muſs, als ob der Schuldner sich selbst vertheidigte. Gegen den Concurs-Vertreter ist sodann weiter nach allgemeinen Grundsätzen durch die gewöhnlichen Mittel der Beweis der Richtigkeit der Forderung zu führen, nur pflegt man hier dem Geständniſs des Schuldners wenig Beweiskraft beyzulegen [3.]. Jeder, selbst der unverdächtige Schuldner, nicht aber ein Gläubiger in Rücksicht seiner eignen Forderung, kann übrigens jenes Amt erhalten [4.], und zwar ohne reelle Sicherheits-Leistung nach vorgängigem Eyde [5.]. Versieht der Contradictor etwas, so ist er dafür verantwortlich, doch kann sein, gegen den einen Gläubiger bewiesener Ungehorsam nicht zum Nachtheil der andern mit den sonst gewöhnlichen Strafen belegt werden [6.]. Ansprüche auf ein Honorar finden natürlich auch hier Statt [7.].

§. 724.

b.) Prioritäts-Verfahren.

Jedem Gläubiger ist daran gelegen, daſs seine Forderung nicht allein gegen die Masse als richtig, sondern auch gegen die übrigen Gläubiger als eine vorzüglich zu befriedigende anerkannt werde, und auch über das letzte ist jedem eine Ausführung zu gestatten (Prioritäts-Verfahren); wobey aber der Contradictor als solcher kein Wort hat, weil hier vom Interesse des Schuldners nicht die Rede ist. Besser wäre es, wenn man dieses Verfahren erst nach völlig geendigtem Liquidations-Verfahren anfangen lieſse. Allein gewöhnlich greifen beyde in einander, und oft wird

[1.] Dabelow S. 576 – 588. [2.] E. C. Canz de contradictore in concursu creditorum. Tub. 1769. I. H. Stepf Syst. Lehre vom Contradictor. u. s. w. Nürnb. 1791. [3.] Vergl. Danz summar. Proc. §. 144. Gmelin von der Ordn. d. Gläub. Cap. 2. §. 4. mit Dabelow S. 584. Gönner Handb. 4. B. n. 56. §. 52. [4.] Danz §. 139. [5.] Claproth summ. Proc. §. 340. [6.] Danz §. 144. a. E. [7.] Danz §. 138.

erst hinterher über die Richtigkeit entschieden, wenn längst der Streit über die Erstigkeit geendet ist.

§. 725.

e.) Locations-Urtheil. Inhalt.

Ist über die Richtigkeit und Erstigkeit der Forderungen nothdürftig verhandelt, so erfolgt das Locations-Prioritäts--oder Classifications-Urtheil. In diesem muſs zuvörderst auf Absonderung der Theile der Masse, welche von den Concursgläubigern herauszugeben sind, Rücksicht genommen werden, also auf Trennung dessen was den Vindicanten und Separatisten (§. 715.) gebührt, so wie auf den Abzug der, zum Besten der Masse contrahirten Schulden [1.]. Aus diesem Grunde werden die Concurs-Kosten zuerst [2.], und zwar als eine von der ganzen Masse vorabzuziehende Schuld [3.], aufgeführt. Hierauf werden den Gläubigern des Schuldners ihre Plätze angewiesen, die noch zu berichtigenden Punkte bey einem jeden genannt, und (wenn es nicht vorher geschah) die nicht erschienenen Gläubiger präcludirt [4.].

§. 726.

Classen der Gläubiger.

Bey Collocation der Gläubiger werden fünf Classen gemacht. In die erste kommen alle absolut privilegirten Gläubiger, ohne Rücksicht, ob sie ein Pfandrecht haben, oder nicht; in die zweyte die privilegirten, in die dritte die simpeln Pfandgläubiger; in die vierte persönliche Gläubiger, welche zwar den Pfandgläubigern nachstehen, aber doch vor andern persönlichen Gläubigern einen Vorzug, ein sogenanntes persönliches einfaches Privilegium (privilegium exigendi) erhalten haben; endlich in die fünfte alle simpeln persönlichen Gläubiger. Ueber das Verhältniſs dieser Clas-

[1.] Gmelin v. d. Rangordn. d. Gläubiger. 4. Aufl. Ulm. 1793. Cap. 2. §. 1. [2.] D. Nettelbladt de sumtib. concurs. creditor. Hal. 1754. Dabelow S. 649—667. [3.] Leyser Sp. 481. m. 5. Pufendorf T. 4. Obs. 249. Gmelin 2. Cap. §. 1. Dabelow S. 68. 669. [4.] Ueber die Classification d. Gläubiger s. auch noch, auſser Gmelin und Dabelow a. a. O. C. L. Runde de historia, indole, ac vi remidiorum securitatis quibus iure Rom. prospectum est creditoribus debitoris obaerati ect. Goett. 1795.

sen sind noch folgende Hauptsätze wichtig 1.) So lange die vorgehende Classe nicht vollständig befriedigt ist, kann die folgende nicht zur Perception kommen. 2.) Sind die Güter für die concurrirenden Gläubiger Einer Classe unzureichend, so geht A.) der vor, welchem die Gesetze das Privilegium des Vorzugs vor den andern gegeben haben. Hat er aber B.) kein solches, so gehen die Pfandgläubiger den persönlichen vor, und die ältern Pfandgläubiger den jüngern [1.]; bey der Concurrenz persönlicher Gläubiger hingegen giebt das Alter keinen Vorzug, sondern sie müssen verhältnifsmäfsig theilen [2.]. C.) Wer an sich ein, ihn in die vierte Classe setzendes Privilegium hat, kommt keineswegs wegen dieser Forderung in die zweyte Classe, wenn er sich noch dafür ein Pfandrecht bestellen läfst, oder ein solches von den Gesetzen erhält. Sein Pfandrecht ist vielmehr ein simples für die dritte Classe [3.], doch hebt es das alte Privilegium exigendi für die vierte nicht auf [4.], wiewohl das Pfandrecht durch seine Allgemeinheit das privilegium exigendi nutzlos machen kann [5.]. D.) Wer als privilegirter Pfandgläubiger in die zweyte Classe gehört, aber dort aus dem Pfande keine Befriedigung erhalten kann, mufs nun als simpler persönlicher in die fünfte Classe eintreten [6.]. E.) Der Platz, welcher dem Capital angewiesen wird, mufs auch den Zinsen, welche ungeachtet des Concurses fortlaufen [7.], eingeräumt werden [8.].

§. 727.

Erste Classe.

In die erste Classe gehören 1.) die Leichenkosten, d. h. alle Forderungen wegen der,

[1.] L. 2. L. 11. pr. L. 12. §. 2. qui pot. in pign. (20. 4.) L. 9. C. eod. (8. 18.). [2.] L. 32. de reb. auctorit. iudic. (42. 5.) Meine Vers. 2. B. S. 291. 292. [3.] L. 8. qui pot. in pign. (20. 4.) L. 4. C. eod. (8. 18.) I. C. Koch de pecun. ad emend. credita. §. 7. Westphal Pfandrecht §. 168. Erxleben de iure pign. §. 234. A. M. sind ohne Grund Lauterbach Coll. L. 20. T. 4. §. 13. Struv Ex. 36. Th. 21. [4.] Dabelow S. 253. 254. [5.] Hofacker princ. T. 3. §. 4620. [6.] Dabelow S. 254. [7.] Particulaire Rechte weichen hier oft ab. Berger Oecon. L. 4. T. 31. Th. 16. Leyser Sp. 488. [8.] L. 18. qui pot. in pign. (20. 4.) Dabelow S. 593. 594.

nach Schicklichkeit und Anstand [1.] besorgten Beerdigung [2.] des Gemeinschuldners, oder einer Person, welche derselbe beerdigen zu lassen verpflichtet war [3.]. Nur muſs in beyden Fällen der Aufwand vor dem förmlichen Concurse, und im letzten Fall vor dem Tode des Gemeinschuldners gemacht seyn [4.]. Die, auf offenbaren Irrthümern beruhende, Praxis zählt zu den Leichenkosten auſserdem alles, was auf die letzte Krankheit des Gemeinschuldners gewand ist [5.]. Nächstdem folgt 2.) nach der Praxis das Gesindelohn, d. h. alles, was die, auf irgend eine Art für ihre ganze Existenz in Kost und Lohn des Gemeinschuldners gestandenen Personen [6.], und zwar aus einem vor dem förmlichen Concurs geschlossenen Vertrage [7.] für ihre Dienste zu fordern haben. Gebühren der Advocaten gehören also eben so wenig hieher [8.], als Handwerkslohn [9.]. Noch setzt die Praxis 3.) in diese Classe den Fiscus wegen rückständiger Abgaben [10.]. Ohne allen Grund aber ist die Behauptung mancher, daſs Erbgelder hieher gehören [11.], und eben dieſs gilt von dinglichen, vor dem Concurs fällig gewordenen Abgaben [12.]. Die nachher fällig werdenden gehen natürlich allen Forderungen der Gläubiger vor [13.]. Was die Ordnung unter den, in dieser Classe concurrirenden Forderungen betrifft: so nehmen die Leichenkosten in dieser Classe den ersten

[1.] L. 14. §. 3. 4. 5. de religios. (11. 7.) Ueberh. Gmelin a. a. O. Cap. 2. §. 4. [2.] L. 37. §. 1. eod. [3.] L. 17. pr. de reb. auct. ind. (42. 5.). [4.] Mevius P. 2. Dec. 222. Gmelin a. a. O. Zum Theil abweichend ist Dabelow S. 186. 187. [5.] Vermöge L. 37. pr. de relig. (11. 7.) Cocceii eod. qu. 5. Voet eod. §. 15. Dabelow S. 597—601. [6.] Gmelin 2. Cap. §. 6. v. Zangen pract. Rechtserört. Wetzl. 1784. nr. 4. [7.] Dabelow S. 604. 605. [8.] F. I. Kortholt de iure salar. advocat. in concurs. cred. Giess. 1770. §. 16. [9.] G. L. Boehmer de iure merced. opificum in concurs. cred. §. 15. (Elect. T. 1. n. 12.). [10.] Dabelow S. 606. [11.] Dabelow S. 609—614. [12.] Hofacker T. 3. §. 4617. a. E. A. M. ist wegen L. 17. de pignor. act. (13. 7.) L. 15. qui pot. in pign. (20. 4.) Dabelow S. 608; allein beyde Gesetze sind mit Cuiac ad L. 7. qui pot. in pign. vom privilegirten gesetzlichen Pfandrecht, und auch nur für den Fall, wo etwas zur Erhaltung einer Sache geleistet ist, zu verstehen. S. unten die Lehre vom pignore privilegiato und tacito. [13.] Die Gründe liegen in §. 714.

Platz ein [14.]. Das Verhältnifs der übrigen ist nach der Regel (§. 725. 2. B.) zu bestimmen [15.].

§. 728.

Zweyte und dritte Classe.

In die zweyte und dritte Classe gehören die privilegirten und simpeln Pfandgläubiger, welche nicht als Vindicanten (§. 715.) das Pfand aus dem Concurse zu ziehen berechtigt sind. Welche Personen unter die erste, zweyte und dritte Rubrik gehören, wird unten im Pfandrecht, welches sich nun, nach Voraussetzung der Grundsätze vom Concurse, in seinen feinsten Bestimmungen deutlich machen läfst, gezeigt werden [1.].

§. 729.

Vierte Classe.

Zu den, in die vierte Classe zu setzenden simpeln privilegirten persönlichen Gläubigern gehören A.) der Staat [1.] und nach der Praxis die Kirchen [2.]. B.) Der Fiscus wegen aller, nicht in die erste, zweyte, dritte und fünfte Classe gehörenden Forderungen [3.]. C.) Jeder, welcher zur Anschaffung, Erbauung, oder Ausrüstung eines Schiffs etwas geliehen, oder ein Schiff auf Credit verkauft, und sich kein Pfandrecht bedungen hat, oder aus der Sache nicht befriedigt werden kann [4.]. D.) Die Braut wegen der, von ihr vorausbezahlten Brautgabe, sofern die Ehe nicht folgt [5.]. E.) Alle Gläubiger, mit deren Gelde ein privilegirter Gläubiger ab-

725. [14.] L. 14. §. 1. L. 26. L. 45. de religios. (11. 7.) L. 9. C. de iure delib. (6. 30.) Voet L. 11. Tit. 7. §. 9. [15.] Gmelin Cap. 2. §. 16. A. M. ist Dabelow S. 614. 615.

[1.] Ich bemerke diefs hier absichtlich, weil es vielen, nach der bisherigen Methode, eine Sünde scheinen möchte, den Concurs vor dem Pfandrecht abzuhandeln. Allein wer tiefer in die Feinheiten des Pfandrechts eindringen, und seine Sätze theoretisch deduciren will, wird es bald wahrnehmen, dafs ohne genaue Begriffe vom Concurse, welcher nur einige rohe Ideen vom Pfandrecht voraussetzt, nichts ausgerichtet werden kann.

[1.] L. 38. §. 1. de reb. auct. iudic. (42. 5.). [2.] Dabelow S. 638. 639. [3.] L. 34. eod. [4.] L. 26. L. 34. eod. Lauterbach de privil. pers. simplic. §. 27. Gmelin Cap. 3. §. 4. Cap. 5. §. 5. [5.] L. 17. §. 1. L. 18. sqq. eod. L. 74. de iure dot. (23. 3.) A. M. ist E. I. Feuerlein de privilegio dotis sponsae competente. Helmst. 1772. Walch controv.

gefunden ist. Haben sie sich dieses Abfinden bedungen, so treten sie in das Privilegium des Abgefundenen ein, sonst aber gehören sie nur schlechthin in diese Classe [6.]. Endlich F.) nach einer herkömmlichen Ausdehnung dessen, was die Gesetze von den Argentarien verordnen, der Deponent, welcher sich keine Zinsen bedungen hat, und auch dann nur insofern, als er nicht als Vindicant (§. 715.) Befriedigung erhalten kann [7.]. Noch zählt man häufig, aber ohne Grund, manche andre Personen hieher [8.], am häufigsten aber die Advocaten wegen ihrer Gehalte und Gebührenforderungen [9.]. Die Ordnung ist hier diese: Nr. A. schliefst alle andern aus, dann folgt B., dann C. [10.]. Die übrigen participiren pro rata [11.]; doch nimmt der Deponent stets den letzten Platz ein [12.].

§. 730.

Fünfte Classe.

Alle übrigen nun noch denkbaren Forderungen werden in der fünften Classe befriedigt, und zwar ganz nach der Regel (§. 726. nr. 2. B.), jedoch unter folgenden Beschränkungen A.) dafs alle Personen, welche, wie Legatare und Fideicommissare, überhaupt nur auf das, was nach Abzug aller Schulden übrig bleibt, Ansprüche haben, hier absolut nach den übrigen Creditoren zu befriedigen sind [1.], und B.) dafs unter diesen übrigen Creditoren der Fiscus, und jeder, welcher eine nicht bedungene [2.] Strafe zu fordern hat, den letzten Platz einnimmt [3.], die Forderung wegen der Strafe mochte nun bereits bey dem Leben des Ge-

p. 41. [6.] L. 2. de cession. bon. (42. 3.) L. 24. §. 3. de reb. auct. iud. (42. 5.) Abweichend ist Dabelow S. 640. [7.] L. 7. §. 2. depos. (16. 3.) vergl. mit L. 24. §. 2. de reb. auct. iud. (42. 5.) Runde §. 725. not. 4. citatus §. 67. Ueber die abweichenden Ideen andrer s. Voet L. 20. T. 4. §. 12. 14. Hofacker T. 3. 4620. Dabelow S. 515—19. 639. [8.] S. darüber Lauterbach a. a. O. Walch l. c. p. 814. 815. [9.] Glücks Comment. §. 572. not. 63. [10.] L. 34. L. 38. §. 1. h. t. (42. 5.) Abweichend ist wegen einer hier nichts entscheidenden Stelle in Paul. Sent. rec. L. 5. T. 12. §. 10. Dabelow S. 320. 321. [11.] Denn die Regel ist hier nicht geändert. [12.] S. oben die Allegate in not. 7.

[1.] Gmelin Cap. 6. §. 3. 4. [2.] Hommel Rhaps. Obs. 548. [3.] L. un. C. poenis fiscal. creditores praeferri (10. 7.).

meinschuldners durch Einlassung rechtshängig geworden seyn, oder nicht [4.]. Viele setzen den Strafen alle Forderungen gleich, wodurch eine bloſse Schenkung verfolgt wird [5.]. Ist endlich C.) in einem Territorio der Gebrauch, die Landeskinder den Fremden vorzusetzen, so können die fremden Gerichte dieſs retorquiren [6.], aber nur unter der Voraussetzung, daſs ihr Regent die Retorsion erlaubt hat [7.]. Bleibt nach Befriedigung aller Gläubiger noch etwas übrig, so kann es nun von denen, welche sich nicht gemeldet haben [8.], und natürlich auch von den neuen Gläubigern in Anspruch genommen werden.

§. 731.

d.) Distributions-Bescheid.

Sind die, dem Locations-Urthel etwa nach entgegengesetzten Einwendungen gehoben, und alle Auflagen desselben berichtigt, so erfolgt alsdann der Distributions-Bescheid, in welchem, nach Angabe des Bestandes der Masse, die zu befriedigenden Gläubiger nach der Ordnung aufzuführen, und zum Empfang der Zahlung, oder der ihnen, wegen Mangel eines Käufers, an Zahlungsstatt anzuweisenden Sachen [1.] vorzuladen sind [2.].

Zweytes Capitel.

Verfahren in den folgenden Instanzen.

§. 732.

I.) Rechtsmittel gegen die Person des Richters.

Hat der Richter ein Erkenntniſs abgegeben, so kann er dasselbe, wenn es nicht ohne beyde Theile zu hören erlassen ist [1.], keinesweges einseitig widerrufen [2.], wie-

[4.] L. 17. L. 37. L. 48. §. 1. de iure fisci (49. 14.) Viele sind A. M. Hellfeld de hypoth. fisci §. 9. Quistorp Beytr. n. 33. Gmelin Cap. 2. §. 10. [5.] Meine Versuche 2. B. S. 298. [6.] Lauterbach l. c. §. 41. [7.] Die Gründe werden in d. Privat-Recht vorgetragen. [8.] Pufendorf T. 3. Obs. 86. §. 4.

[1.] Smalcalder de iudiciali bonorum debitoris assignatione. [2.] Danz summ. Proc. §. 153.

[1.] Cap. 60. X. de appell. (2. 28.) cap. 10. eod. in 6. (2. 15.). [2.] L. 55. 62. de re iudic. (42. 1.) L. 1. C. sentent. rescindi

wohl er immer unaufgefordert den in demselben wirklich liegenden Sinn den Partheyen darlegen, auch daher Rechnungsfehler verbessern kann [3.]. Nur die einzige Ausnahme findet sich in den Gesetzen, daſs der Richter nach Eröfnung des Urtheils das, was darin in Ansehung der Accessionen (§. 243 — 268) aus Versehen übergangen ist, noch an demselben Tage von Amtswegen ergänzen darf [4.]. Die Partheyen dagegen haben mancherley Mittel, wodurch sie die gewissen, wahrscheinlichen, oder möglichen Nachtheile einer, in Streitsachen erlassenen Verfügung von sich abwenden können, und zwar auf doppelte Weise, nämlich entweder dadurch, daſs sie der Verfügung folgen, und den Richter selbst angreifen, oder dadurch, daſs sie ihre Einwendung gegen die Verfügung selbst richten [5.]. Das letzte heiſst vorzugsweise Ergreifung eines Rechtsmittels [6.]; das letzte kann man Regreſs gegen den Richter nennen, wohin denn, auſser den, bereits oben (§. 611.) erwähnten Mitteln, der Recurs an den Regenten, um dessen Regierungsgewalt gegen den ungerechten Richter aufzurufen, gehört [7.].

§. 733.

II.) Gegen dessen Verfügungen. a.) Einleitung. A.) Eintheilungen.

Die Rechtsmittel sind wieder von doppelter Art, indem einige derselben darauf gerichtet sind, daſs wider den Willen des Richters eine Verfügung desselben geändert, andre hingegen dahin, daſs der wahre Sinn derselben in einer gehörigen Fassung dargelegt werde. Die ersten nennt man Impugnativ-Rechtsmittel, wohin denn viele Arten gehören: zu den letzten ist die Bitte um Erläuterung des Urtheils, und um Verbesserung eines Rechnungsfehlers zu zählen.

non posse (7. 50.). [3.] Gönner Handb. 3. B. n. 58. §. 47 — 51. [4.] L. 42. de re iudic. (42. 1.). [5.] Vergl. hier besonders Gönner a. a. O. n. 58. [6.] I. L. Ulich von Appellationen, Läuterungen, auch andern rechtlichen Mitteln, sich wider ein gravirendes Urtheil zu schützen. Wittemb. 1788. F. A. Mehlen über die Appellation und andre Impugnativ-Mittel gegen richterliche Erkenntnisse. Berl. u. Strals. 1791. [7.] Gönner Handb. 1. B. n. 1. §. 26 — 30.

§. 734.

Fort-setzung. Die allgemeine Regel ist, daſs jeder, welcher ein richterliches Erkenntniſs angreifen will, das dazu dienende Rechtsmittel binnen zehn Tagen von Eröffnung des Urtheils einlegen muſs, nachher aber keinen weiteren Gebrauch davon machen kann. In einigen Fällen ist es jedoch ausnahmsweise erlaubt, auch nach dieser Zeit Rechtsmittel einzulegen. Diese nennt man außerordentliche, jene hingegen ordentliche. Die durch Ablauf jener zehn Tage begründete Eigenschaft des Urtheils, daſs dasselbe nicht weiter durch ordentliche Rechtsmittel angefochten werden kann, und insofern unumstöſslich ist, heiſst die Rechtskraft [1.], welche aber nur in Ansehung des Urtheils, nicht aber in Ansehung der, demselben etwa beygefügten Entscheidungsgründe eintritt, wiewohl diese allerdings zur Erklärung benutzt werden können [2.].

§. 735.

Fort-setzung. Die Verhandlung einer Sache vor einem Richter heist Instanz. Wird dieselbe Sache mehrmals nach einander verhandelt, so entstehen daraus mehrere Instanzen, und dann heiſst die spätere in Rücksicht der früheren die höhere Instanz. Bey einer solchen neuen Instanz kann nun entweder das erwählte Rechtsmittel das ganze Verfahren vor ein neues Gericht bringen, oder nicht. In jenem Fall nennt man es ein Devolutiv-, in diesem ein Nicht-Devolutiv- oder Suspensiv-Rechtsmittel, wiewohl der letzte Ausdruck auch in manchen andern Bedeutungen genommen wird [1.]. Bey einem Nicht-Devolutiv-Rechtsmittel sind wieder drey Fälle möglich, nämlich a.) das alte Gericht leitet zwar den Proceſs, aber entscheidet ihn nicht selbst (Transmission); oder b.) es entscheidet ihn zwar, läſst aber die Einleitung zum Urtheil durch andre Personen machen (Bestellung neuer Re- und Correferenten); oder endlich c.) die Personen blieben in allen Rücksichten unverändert, ein Miſsbrauch, welcher in Deutsch-

[1.] Gönner Handb. 3. B. n. 38 §. 18. 19. [2.] Pufendorf T. 1. Obs. 155.

[1.] Gönner Handb. 3. B. n. 38. §. 17—19.

land häufig genug ist. Nach den Reichsgesetzen können die Mittelbaren in allen Territorien verlangen, daſs man ihnen, ehe die Sache an die höchsten Reichsgerichte, oder deren Surrogat gelangt, Ein Devolutiv-Rechtsmittel, also zwey Instanzen vor verschiedenen Gerichten gestatte [2.]. Dadurch ist aber den Territorial-Regenten das Recht, mehrere Instanzen anzuordnen, sofern nur die Competenz der Reichsgerichte dadurch nicht aufgehoben werden soll [3.], keineswegs genommen [4.], so wenig als dadurch den Unterthanen das Recht gegeben ist, in den Fällen (§. 542. 545. 548.) die volle Zahl der Instanzen zu fordern, wo singulaire Vorschriften des gemeinen Rechts Verminderung der sonst üblichen Instanzen erlauben [5.].

§. 736.

B.) Allgemeine Grundsätze. a.) Ueber alle.

Der Darstellung der einzelnen Rechtsmittel müssen zuvörderst folgende, sich auf alle, oder gewisse Classen derselben beziehenden allgemeinen Grundsätze vorangeschickt werden. I.) Alle Rechtsmittel haben das gemeinschaftlich, daſs sie 1.) in der Regel in allen Proceſs-Arten zulässig sind [1.], nur muſs das Verfahren sich natürlich gleich bleiben, und in der höheren Instanz feyerlich, oder summarisch verfahren werden, je nachdem in der ersten Instanz die Einleitung dazu geschehen ist. 2.) Jedes Rechtsmittel bringt die Sache in die Lage, daſs darin bis zur Entscheidung nichts geändert werden darf. Wer dem zuwider handelt begeht ein Attentat oder eine Innovation, welche überall, sie geschehe vom Richter, oder der Parthey, Verantwortlichkeit zur Folge hat [2.], und insbesondre die schuldige Parthey des ergriffenen Rechtsmittels beraubt [3.]. Darum verschiebt denn jedes Rechtsmittel, selbst das auſserordentliche [4],

[2.] R. D. A. v. 1600. §. 15. I. R. A. §. 108. 109. Gönner a. a. O. n. 36. §. 1—21. 32. [3.] Malblank conspect. rei iudiciar. §. 180. 238. [4.] A. M. ist Gönner §. 53. fgg. [5.] Die Gründe enthält hier wieder §. 33. Abweichend ist Gönner a. a. O. §. 31.

[1.] cap. 10. 15. X. de restitut. spoliator. (2. 13.) cap. 11. X. de appell. (2. 28.). [2.] Boehmer princ. iur. can. §. 751—754. §. 843. Gönner Handb. 3. B. n. 38. §. 23. Danz §. 415. [3.] cap. 42. X. de appellat. (2. 28.). [4.] L. 32. C. de trans-

die Vollstreckung, (welches man auch Suspensiv-Effect nennt) aber hebt auch die, nach der Rechtskraft geschehene Vollstreckung aus gleichen Gründen nicht auf [5.]. Nur da, wo Gefahr beym Verzuge ist, kann die Vollstreckung nicht durch das Rechtsmittel aufgehalten werden [6.], also auch nicht in Sachen des jüngsten Besitzes [7.]; und eben so wenig wird sie durch ein, offenbar zur Chikane ergriffenes aufserordentliches Rechtsmittel hinausgesetzt [8.]. 3.) Man kann sich zugleich mehrerer Rechtsmittel electiv, successiv, und cumulativ bedienen, nur dürfen sie sich im letzten Fall nicht widerstreiten [9.]. 4.) Der Gebrauch der Rechtsmittel fällt weg, wenn man ihnen nach, oder vor dem Erkenntnifs, stillschweigend oder ausdrücklich gültig entsagt hat [10.]; wenn der Grund derselben wegfällt [11.]; wenn sie versäumt sind; oder wenn der, welcher sich ihrer bedienen konnte, oder bedient hat, ohne wahre Erben stirbt [12.].

§. 737.

b.) Ueber die ordentlichen und aufserordentlichen.

Was II.) die ordentlichen und aufserordentlichen Rechtsmittel insbesondere betrifft, so müssen 1.) die ersten binnen zehn Tagen, welche natürlich (§. 111.), also von Augenblick zu Augenblick, mit Inbegriff der Feyer-

act. (2. 4.) Tit. C. de in int. rest. postul. ne quid novi fiat (2. 50.). [5.] Gönner a. a. O. §. 22. [6.] L. ult. de appellat. recip. (49. 5.) L. 5. §. 1. ut legator. vel fid. serv. causs. (36. 3.) Claproth ord. Proc. §. 357. Danz §. 413. [7.] L. un. C. si de momentan. poss. (7. 69.) Pufendorf T. 4. Obs. 255. A. M. sind jetzt, wegen der not 1. allegirten Stellen, Hommel Rhaps. Obs. 85. Müller ad Leyser Obs. 833. [8.] Nur das sagt cap. 6. X. de restit. in integr. (1. 41.) Boehmer I. E. P. L. 1. Tit. 41. §. 12. Doch dehnt man dies oft sehr weit aus. Leyser Spec. 57. m. 2. Meditat. über versch. R. M. 6. B. n. 330. [9.] Gönner a. a. O. §. 36. [10.] L. 28. C. de appellat. (7. 62.) cap. 70. X. eod. L. 1. §. 3. quib. app. non liceat. (49. 2.) Gönner a. a. O. §. 38. – 44. Offenbar kann man nicht mit Leyser Sp. 469. m. 7. den Fall hieher zählen, wenn Jemand gegen ein an sich nicht rechtskräftig werdendes Erkenntnifs nicht protestirt. L. 1. §. 1. de fer. et dilat. (2. 12.) Müller Obs. 764. [11.] cap. 60. X. de appell. (2. 28.) cap. 10. eod. in 6. (2. 15.) [12.] L. un. si pendent. appell. mors interveniat (49. 13.) Tit. C. eod. (7. 66.) Gönner a. a. O. §. 53.

tage, zu berechnen sind [1.], bey dem Richter, welcher erkannt hat, oder vor einem Notar eingelegt werden [2.], während die außerordentlichen bloſs unter den allgemeinen Grundsätzen von der Verjährung stehen. Jener zehntägige Zeitraum ist dabey ein Fatale (§. 615.), welches der Richter nicht durch Fristerstreckungen erweitern, oder verengen darf [3.]. Darin liegt aber eben so wenig ein Grund, die vertragsmäſsige Erweiterung dieser Nothfrist, wenn nur dieselbe noch nicht abgelaufen ist [4.], auszuschlieſsen [5.], als dadurch dem Richter das Recht genommen ist, gegen den Ablauf derselben aus Gründen, welche überhaupt zu einem Restitutions-Gesuch berechtigen, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu ertheilen [6.]. Es setzt aber dabey 2.) jedes ordentliche Rechtsmittel ein solches Erkenntniſs voraus, welches überhaupt nach zehn Tagen in der Regel nicht weiter angefochten werden kann. Es findet also nicht gegen reine Decrete Statt, weil diese nie rechtskräftig werden [7.], die, wodurch eine Appellation abgeschlagen wird, ausgenommen [8.].

§. 738.

c.) Die impugnirenden.

III.) Die impugnirenden Rechtsmittel setzen voraus, daſs Jemand etwas deutlich, und zwar zu seinem Nachtheil aberkannt sey [1.]. Der Zweck derselben geht dann auf Abänderung der, vermittelst ordentlicher Beschwerden (gravaminum) an-

[1.] Nov. 23. c. 1. I. R. A. §. 121. G. D. Hofmann de decendio appellationis Tub. 1770. §. 42 — 48. Bey insinuirten Erkenntnissen wird der Tag der Insinuation nicht mitgezählt. Gönner jur. Abh. 2. B. n. 17. [2.] L. 1. §. 10. quando appell. (49. 4.) cap. 73. X. de appell. (2. 28.) Not. Ordn. v. 1512. Tit. 4. §. 1. Struben 2. B. 129. Bed. [3.] K. G. O. Th. 2. Tit. 29. §. 2. [4.] Denn dann gilt der Vertrag nicht Clem. 6. de appellat. (2. 12.) also auch nicht stillschweigend. Gönner jur. Abh. 2. B. n. 24. §. 4. [5.] L. 5. §. 6. C. de tempor. et reparat. appell. (7. 63.) I. C. C. Jan de prorogatione et coarctatione conventionali fatalis interponend. appellat Giess. 1787. A. M. ist Klüber Kl. jur. Bibl. 5. B. S. 476. Gönner a. a. O. §. 1 — 4. [6.] Vielleicht ist dieſs der Sinn von Danz ord. Proc. §. 403. [7.] L. 14. de re iudic. (42. 1.) cap. 6. X. de appell. (2. 28.). [8.] Göner Handb. 1. B. nr. 6. §. 27.

[1.] L. 7. de appellat. recip. (49. 5.) Danz ord. Proc. §. 439.

zuzeigenden nachtheiligen Punkte des Erkenntnisses. Weiter, als die Beschwerde reicht, darf aber das angefochtne Erkenntnifs nicht verbessert, und eben so wenig zum Nachtheil des Beschwerdeführers (in peius) geändert werden [2.], sofern nicht ein besonderer Grund, von Amtswegen zu verfahren, eintritt [3.]. Ist ein impugnirendes Rechtsmittel gegen ein früheres Erkenntnifs unzulässig, dem ein Inhäsiv-Bescheid (§. 602.) folgt, so findet es auch gegen den letzten nicht Statt [4.].

§. 739.

d.) Die devolutiven.

IV.) Devolutiv-Rechtsmittel bringen ihrer Natur nach die Sache, soweit sie angefochten ist, von dem bisherigen an einen neuen Richter (vom iudice a quo an den iudex ad quem). Der iudex a quo hat also über das, was mit dem Rechtsmittel zusammenhängt, durchaus kein weiteres Erkenntnifs, mithin auch nicht über die Restitution gegen die versäumten Fatalien des eingelegten Rechtsmittels [1.]. In so weit aber nur, als die Hülfe des Oberrichters angerufen ist, wird die Gewalt des Unterrichters gehemmt. Daraus folgt denn 1.) dafs die Sache an ihn zu remittiren ist, wenn in der höheren Instanz in der Hauptsache bestätigend erkannt, oder dem Rechtsmittel entsagt wird [2.]. Erfolgt in der Hauptsache ein reformirendes Erkenntnifs, so mufs man unterscheiden, ob dasselbe blofs ein, den Gang des Processes leitendes Decret, oder ein, zur Vollstreckung geartetes Erkenntnifs ändert. In jenem Fall sind die Acten wieder zu remittiren, in diesem aber behält der Oberrichter die Ausführung [3.]. Ferner folgt 2.) aus jenem Princip, dafs wenn der eine Theil ein devolutives, der andre ein nicht-devolutives Rechtsmittel eingewandt hat, der iudex ad quem nur über jenes zu erkennen hat, und das letzte nicht auch an sich ziehen kann, ausgenommen wenn es in Zweck und Gründen mit jenem ganz identisch, oder connex ist [4.]. Endlich

[2.] Die Gründe liegen in §. 598. 608. not. 6. [3.] L. ult. §. 1. C. de appell. et consult. (7. 62.) Pufendorf T. 2. Obs. 119. [4.] Danz §. 418. nr. IV. 1. 4.

[1.] Gönner jur. Abh. 2. B. n. 25. 34. [2.] Gönner Handb. 2. B. n. 38. §. 52. [3.] Vergl. hier cap. 59. 61. X. de appellat. (2. 28.) mit Danz ord. Proc. §. 431. Gönner Handb. 3. B. n. 39. §. 33—37. [4.] Nimmt man die Grundsätze

ist noch 3.) zu bemerken, dafs bey Dovolutiv-Rechtsmitteln die Stufenfolge beobachtet, und das nächste Obergericht angegangen werden mufs. Unter concurrirenden coordinirten Obergerichten entscheidet die Prävention [5.].

§. 740.

2.) Arten. A.) impugnirende a.) ordentliche aa.) devolutive.

Die impugnirenden ordentlichen Rechtsmittel sind theils devolutiv, theils nicht. Zu den ersten gehört die Appellation, und in gewissem Betracht die Nichtigkeitsbeschwerde. Die letzte ist nach Römischem und Kanonischem Recht ein aufserordentliches Rechtsmittel, und findet Statt, wenn Jemand behauptet, dafs ein Urtheil einem Rechtsgrundsatze (iuri in thesi) widerstreite; die erste hingegen, wenn man ein Urtheil als den factischen Umständen zuwider (als iniquum) anficht [1.]. Weil die Grenzlinie hier gar nicht scharf zu bezeichnen ist, so haben die Reichsgesetze vorgeschrieben, dafs die Nichtigkeitsbeschwerde (wenige, unten zu erwähnende Fälle ausgenommen) wie die Appellation, ein ordentliches Rechtsmittel seyn solle [2.]. Es gilt also nun von ihr, was von der Appellation zu sagen ist, jedoch mit der, in ihrem Begriff liegenden Modification, dafs sie auf neues Vorbringen nicht gegründet werden kann [3.], und genau genommen auch noch unter der Einschränkung, dafs alle Vorschriften des Römischen Rechts, welche namentlich nur auf die Appellation, um deren Umfang zu verengen, gerichtet, und singulair sind, auf sie nicht angewandt werden können.

§. 741.

Verfahrungsart.

Die Verfahrungsart bey der Appellation ist folgende. Zuerst wird sie, ohne alle Form

von der Connexität (§. 542.) an, so mufs man diefs auch Martin Lehrb. d. Proc. §. 199. u. a. zugeben. Zum Theil a. M. ist Gönner Handb. 3. B. n. 38. §. 26. [5.] Martin Lehrb. §. 207. a. E.

[1.] L. 1. §. 2. quae sentent. sine appell. (49. 8.) L. 2. C. quando provoc. non est necesse (7. 64.) cap. 1. 13. 10. X. de sent. et re indic. (2. 26.) cap. 26. de R. I. in 6. (5.). [2.] I. R. A. §. 121. 122. [3.] Martin Lehrb. §. 217.

[1.], eingewandt. Hierauf bittet der Appellant den, bey welchem die Einwendung geschah, um Apostel (litterae dimissoriae) d. h. ein Zeugniſs über die gehörige Einwendung des Rechtsmittels [2.]; und dabey zugleich um Mittheilung der Acten. Die letzte Bitte muſs jetzt [3.] bey Strafe der Desertion binnen dreiſsig Tagen angebracht werden, die Bitte um Apostel aber ist nicht mehr nothwendig, wiewohl in den Territorien noch immer sehr gewöhnlich [4.]. Ist die Appellation nicht offenbar verwerflich, so muſs der Richter der Bitte um Apostel nachgeben, sonst aber die Appellation verwerfen. Dieſs kann er 1.) wenn sie überhaupt als impugnirendes Rechtsmittel (§. 738.) unzulässig ist, oder 2.) wegen versäumter Fatalien als ordentliches Rechtsmittel. Endlich 3.) in den Fällen, da die Gesetze insbesondere die Appellation (wodurch denn andre impugnirende Rechtsmittel noch nicht ausgeschlossen sind) verwerfen, also A.) wenn gegen ein zur Strafe des Ungehorsams abgegebenes [5.], oder B.) gegen ein, einem abgeleisteten deferirten Eyde gemäſses Erkenntniſs appellirt wird [6.]. C.) Wenn drey ununterbrochne gleichförmige Urtheile verschiedener Gerichte vorhanden sind [7.], wodurch jedoch die sonst zulässige Appellation an die Reichsgerichte nicht ausgeschlossen wird [8.]. Endlich D.) wenn die Sache überhaupt nicht durch Appellation an das Obergericht gebracht werden kann, welches der Fall ist, wenn es an der, fast überall eingeführten Appellations-Summe bey einem schätzbaren Object fehlt [9.], und in Ansehung der Reichsgerichte, wenn von peinlichen, geistlichen, und Ehesachen die Rede ist [10.]. Streitigkeiten über den jüngsten Besitz sind allerdings appellabel, nur verschiebt hier die Appellation nicht die Vollstreckung [11.]. Sonst war auch die Appellation ge-

[1.] cap. 9. 34. X. de appell. (2. 28.) [2.] Tit. D. de libellis dimissoriis (49. 6.) Ueberh. A. Kaestner de apostolis eorumque usu in foro Lips. 1724. Gönner Handb. 3. B. n. 41. [3.] K. G. O. Th. 2. Tit. 31. §. 1. I. R. A. §. 61. 63. [4.] Danz ord. Proc. §. 420. [5.] L. 1. C. quor. appell. non recip. (7. 65.) A. M. ist Gönner Handb. 3. B. n. 40. §. 8. [6.] S. oben §. 646. a. E. vergl. mit §. 649. a. E. [7.] L. un. C. ne liceat. in una eademque causs. tert. provoc. (7. 70.) Claproth ord. Proc. §. 856. [8.] Malblank conspect. rei iudic. §. 180. 238. [9.] Vergl. hier Gönner jur. Abh. 2. B. n. 57. [10.] Danz ord. Proc. §. 418. vergl. mit Gönner Handb. 3. B. n. 40. §. 2. 3. [11.] S. oben

gen einfache Beyurtheile (§. 602.) unstatthaft [12.]; jetzt aber ist sie, blofs mit einigen Eigenheiten in der Form, erlaubt [13.].

§. 742.

Fortsetzung. Ist alles angegebene berichtigt, so erfolgt die Einführung (introductio) der Appellation bey dem Oberrichter, worin besonders die Beschwerden, aus der Procefsgeschichte begründet, anzugeben, und Appellations-Processe zu erbitten sind. Findet der Richter, dafs nicht sofort auf Verwerfung des Rechtsmittels, oder Abänderung des angefochtenen Erkenntnisses (durch Ordinationen [1.], oder rescripta de emendando) gesprochen werden kann, so wird dem Appellanten (wenn er es nicht bey der Einführung gethan) die Rechtfertigung seiner Beschwerden aufgegeben. Wird durch diese die Sache nicht sofort klar, so erkennt der Richter (durch einen Relevanz-Bescheid) Appellations-Processe, welche, wenn sie völlig (plenarii) und nicht unvollkommen (minus pleni) sind, darin bestehen, dafs dem Ueberrichter das Abstehen von weiterm Verfahren, und die Einsendung der Acten geboten, und dem Appellaten das bisher Eingebrachte zu seiner Nothdurft mitgetheilt wird [2.]. Das weitere Verfahren ist dann ganz allgemeinen Grundsätzen gemäfs. Nur zwey singulaire Sätze sind noch zu merken, nämlich 1.) dafs der Appellat durch die Rechtfertigung der Appellation die, ihm nun nicht mehr durch Entsagung des Appellanten zu raubende Befugnifs erhält, nach Ablauf der zehntägigen Appellations-Frist über dieselben Punkte, worüber der Appellant sich beschwert hat, gleichfalls Beschwerden aufzustellen, auf welche dann der Richter (aber in der Regel nur aufgerufen) überall Rücksicht nehmen mufs [3.]. Man nennt diesen Beytritt zu den Beschwerden des Appellanten nach eingetretener Rechtskraft die accessorische Adhäsion; wenn er hingegen vorher geschieht Principal-Adhäsion, und danach denn den beytretenden Appellaten Adhä-

§. 736. not. 8. Gönner a. a. O. §. 4—7. [12.] L. 56. C. de appellat. (7. 62.). [13.] cap. 60. X. de appellat. (2. 28.) cap. 1. 10. eod. in 6. (2. 15.) Dep. Absch. v. 1600. §. 113. Danz §. 418. vergl. mit Gönner a. a. §. 17. fgg.

[1.] Ueber Ordinationen s. Gönner Handb. 3. B. n. 43. [2.] Danz ord. Proc. §. 420—428. [3.] L. 39. C. de appellat.

rent, den Appellanten Adhäse. Eben so singulair ist 2. die Vorschrift, daſs der Appellant nicht allein die Befugniſs hat, die bereits angeführten Momente besser darzustellen (non deducta deducendi), sondern auch, die Appellation gegen einfache Beyurtheile abgerechnet [4.], neue Beweise beyzubringen (non probata probandi); nur muſs er bey Strafe der Desertion im ersten Termine den Appellations-Eyd ableisten, d. h. schwören, daſs die neuen Beweismittel ihm bisher unbekannt waren, oder undienlich schienen [5.]; auch dürfen die Beschwerden weder durch die neuen Thatumstände allein begründet [6.], noch auch Aenderungen im Zweck und Grunde der Klage, wie sie durch die Einlassung fixirt war, vorgenommen werden [7.]. Der Appellat hat dann dieselben Rechte [8.].

§. 743.

bb.) Nicht-devolutive. Revision.

Für die Fälle, da wegen Kleinheit der Summe die Sache nicht appellabel ist, haben die Reichsgesetze das sogenannte Rechtsmittel der Revision oder Actenversendung, als Surrogat der Appellation, und als nicht-devolutives Rechtsmittel gestattet, wobey denn das gravirende Gericht die Sache zum Spruch instruirt, diesen aber von einer Academie oder wenigstens zwey Rechtsgelehrten einholen muſs [1.]. Ist die Summe groſs genug, so kann nicht dieses Rechtsmittel, sondern nur die Appellation gewählt werden, wenn nicht Landesgesetze auch hier die Revision gestatten [2.]. Da die Revision in jenen, durch die Reichsgesetze vorgeschriebenen Grenzen ein bloſses Surrogat der Appellation seyn soll, so gilt denn von ihr alles, was von dieser gesagt ist, bloſs mit der Einschrän-

(7. 62.). Gönner a. a. O. n. 38. §. 26—36. [4.] Clem. 5. de appellat. (2. 12.). [5.] L. 6. §. 1. 2. L. 37. C. de appellat. (7. 62.) L. 4. C. de tempor. et reparat. appell. (7. 63.). J. R. A. §. 118. Gönner a. a. O. n. 39. §. 4—12. [6.] L. 37. in f. C. de appellat. (7. 62.). Gönner a. a. O. §. 13—15. [7.] L. 4. C. de tempor. et reparat. appell. (7. 63.). K. K. G. O. Th. 3. Tit. 39. §. 4. Gönner das. §. 18. [8.] I. R. A. §. 78.

[1.] Dep. Absch. von 1600. §. 16. [2.] A. F. Hurlebusch über die Fr. ob die in den Reichsges. verordnete Revision auch dann Statt finde, wenn die streitige Summe groſs genug ist, um an die Reichsgerichte appelliren zu können.

kung, daſs bey ihr die, zur Einführung des Rechtsmittels bey einem neuen Gericht erforderlichen Formalitäten wegfallen [3.]. Oftmals haben aber die Landesgesetze für die übrigen Fälle, da nicht appellirt werden kann, oder überhaupt, mancherley andre nicht-devolutive ordentliche Rechtsmittel unter den Namen Supplication, Leuterung, Restitution u. s. w. gestattet. Ist dieſs unbestimmt geschehen, so kann die Natur solcher Rechtsmittel nicht anders bestimmt werden, als nach dem, was aus dem Wesen eines ordentlichen, nicht-devolutiven Rechtsmittels folgt; keineswegs aber darf man darauf die erwähnten Singularien der Appellation ausdehnen [4.].

§. 744.

b.) Auſserordentliche. aa.) Devolutive.

Zu den auſserordentlichen, und zwar devolutiven Rechtsmitteln gehört 1.) die Beschwerde über verzögerte und verweigerte Justiz [1.]. 2.) Die Beschwerde über solche Decrete, welche überhaupt nie rechtskräftig werden [2.]. Endlich 3.) die Beschwerde über unheilbare Nichtigkeiten. Aus den bereits (§. 740.) angegebenen Gründen haben nämlich die Reichsgesetze vorgeschrieben, daſs die Nichtigkeitsklage des älteren Rechts, als auſserordentliches Rechtsmittel im Ganzen aufgehoben seyn solle, jedoch mit dem Zusatz: „bey denjenigen Nullitäten aber, welche insanabilem defectum aus der Person des Richters, der Parthey, oder aus den Substantialibus des Processes nach sich ziehen, verbleibt es bey der Disposition des gemeinen Rechts" [3.]. So manches auch bey dieser Vorschrift zu wünschen übrig bleibt, so ist doch immer soviel offenbar, daſs die, in der Entscheidung selbst nach älterem Recht liegende Nichtigkeit [4.] jetzt niemals als eine unheilbare angesehen werden kann [5.], so wenig als eine Verfügung, welche, indem

Braunschw. 1784. [3.] Gönner jur. Abh. 2. B. n. 32. [4.] A. M. ist Grolmann Theor. d. gerichtl. Verf. §. 219.

[1.] I. H. Boehmer de origine, progressu atque indole querelae denegatae et protractae iustitiae. Hal. 1733. (Exerc. T. 6.) und überh. auch über die folgenden Gönner Handb. 4. B. n. 45. §. 1—19. [2.] Danz ord. Proc. §. 217. [3.] I. R. A. §. 121. 122. [4.] Dahin zähle ich auch die Fälle, worauf sich not. d. bey Danz §. 405. und not. p. q. bey Martin Lehrb. §. 186. beziehen. [5.] Sehr abweichend ist Can-

sie nicht die Substantialien des Processes abschneidet, auf mehr, als geschehen sollte, erkennt [6.]. Uebrigens ist dieses Rechtsmittel, wobey Nova nur insofern Statt finden können, als sie den unheilbaren Mangel darlegen, zwar in der Regel devolutiv, doch kann es auch nicht-devolutiv seyn, wenn bey der Nullität den gravirenden Richter durchaus kein Vorwurf trifft [7.], oder das, die Nullität begehende Gericht unter keinem höheren steht [8.]. Auf die Gröſse der Summe kommt hier nichts an [9.].

§. 745.

bb.) Nicht-devolutive. Zu den auſserordentlichen nicht-devolutiven Rechtsmitteln gehört in der Regel das Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Schon das Römische Recht kennt dieſs in gewisser Maſse. Es konnte nämlich 1.) aus dem Civil-Recht, also binnen 30 Jahren [1.], gegen ein Urtheil um Restitution gebeten werden A.) wenn es auf falsche Beweismittel gebauet war [2.]. B.) Wenn man gegen einen nothwendigen Haupt-Eyd neue Beweismittel auffand [3.]. Wegen einer unmäſsigen Verletzung war aber keine Rescission des Urtheils zu erhalten [4.]. Auſserdem konnte man auch 2.) aus dem prätorischen Edict, also binnen 4 Jahren [5.], um die Rescission eines Urtheils aus eben den Gründen durch Klagen und Einreden (also auch die exceptio sub- et obreptionis) bitten, wegen deren über-

negieſser Dec. Trib. Hass. Cass. Dec. 218. Pütter de querel. nullit. cum appellat. coni. c. 1. §. 30. fgg. in etwas Gönner Handb. 3. B. n. 42. §. 28—30. Gegen die beyden ersten s. Meiern Regensb. Reichstagshandl. 2. Th. S. 202. 419. 444. 641. 646. 653. 654. 656. fgg. und Gönner a. a. O. §. 1—27. [6.] A. M. ist Martin Lehrb. 131. [7.] A. M. ist Gönner jur. Abh. 2. B. n. 26. [8.] Gönner Handb. 3. B. n. 42. §. 36. [9.] Gönner jur. Abh. 2. B. n. 27.

[1.] Meine Schrift über Bes. u. Verj. 2. Thl. §. 49. [2.] L. 1. 2. 3. 4. C. si ex fals. instrum. (7. 58.) vergl. mit L. 33. de re iudic. (42. 1.). Stryk U. M. L. 4. T. 1. §. 3. A. M. ist mit vielen, durch die unreine Latinität des Codex verführt, Malblank princ. iur. Rom. §. 318. [3.] L. 31. de iureiur. (12. 2.). Sonst änderten noviter reperta nichts L. 4. C. de re iudic. (7. 52.) versteht sich, sofern nicht dabey ein Restitutionsgrund eintrat L. 35. de re iudic. (42. 1.). [4.] L. 36. famil. hercisc. (10. 2.) L. 27. de re iudic. (42. 1.) L. 3. C. commun. utriusque iudic. (3. 38.). A. M. ist Cocceii L. 10. T. 2. qu. 6. und noch weiter geht Hofacker T. 3. §. 3058. [5.] Meine Schrift a. a. O.

haupt der Prätor Restitution versprach [6.], den Irrthum allein ausgenommen [7.]. Das Kanonische Recht [8.], und die Reichsgesetze gehen weiter, indem sie bloſs wegen neu aufgefundener Beweismittel binnen 4 Jahren ein Restitutions-Gesuch gestatten, sofern nur der Implorant den Restitutions-Eyd dahin, daſs er das Neue erst jetzt entdeckt, oder bisher für unbedeutend gehalten habe, schwört [9.]. Für den, welcher diesen Restitutions-Eyd nicht scheuet, sind denn die Römischen Restitutions-Gesuche (die Dauer der Civil-Restitutionen abgerechnet) im Ganzen unnütz geworden. In der Regel ist dieses Rechtsmittel nicht-devolutiv, wenn man nicht dabey, wie es nach Römischem Recht angeht, den Richter selbst anklagt [10.]. Gegen ein, die Restitution verweigerndes Erkenntniſs finden alle Rechtsmittel Statt, weil sie kein Gesetz ausschlieſst, nur keine Gesuche um Restitution, sofern sie von einem Groſsjährigen aus den, in der Restitutions-Instanz bereits einmal verhandelten Gründen hergenommen werden [11.].

§. 746.

B.) Nicht-impugnirende.

Die Natur der oben (§. 733.) angegebenen nicht-impugnirenden, durch keine Rechtskraft auszuschlieſsenden Rechtsmittel ergibt sich aus dem bloſsen Begriff derselben [1.]. Daſs sie nicht-devolutiv sind, fällt gleichfalls von selbst in die Augen. Nimmt der Richter keine Rücksicht darauf, so kann hieraus freylich ein impugnirendes devolutives Rechtsmittel erwachsen, welches man daher auch häufig sofort eventuell mit dem nicht-impugnirenden zu verbinden pflegt [2].

[6.] L. 33. de re iudic. (42. 1.) Tit. C. si adversus rem iudic. (2. 27.). Müller ad Leyser Obs. 765. Meine Theorie d. log. Ausl. §. 21. a. E. C. O. Graebe de except. sub- et obrept. earumque probatione. Rint. 1788. vergl. mit dem was oben §. 28. über den Beweis derselben gesagt ist. [7.] L. 7. C. de iur. et facti ignor. (1. 18.). [8.] Cap. 10. X. de in int. rest. (1. 41.). [9.] K. G. O. P. 3. Tit. 62. Gönner jur. Abh. 2. B. n. 30. [10.) Mehr kann man Gönner a. a. O n. 31. nicht zugeben. [11.] L. 2. 3. C. si saep. rest. in integr. (2. 44.). Cocceii L. 4. T. 4. §. 15. Hofacker T. 2. §. 818. Voet L. 4. T. 1. §. 14.

[1.] Vergl. Danz §. 439—441. Gönner Handb. 3. B. n. 42. §. 34. [2.] Martin Lehrb. §. 200. not. t.

Drittes Capitel.

Ueber Vollstreckung der Urtheile.

§. 747.

Voll-streckung.

Ist das Urtheil rechtskräftig geworden, und nicht durch ausserordentliche, noch anhängige Rechtsmittel angefochten (§. 736.), so kann der Sieger die actio rei iudicatae, sofern ihn nicht schon die exceptio rei iudicatae deckt [1.], auf die, im Zweifel niemals von Amtswegen zu verfügende [2.] **Vollstreckung** [3.] des Urtheils anstellen, selbst wenn der Besiegte das Urtheil als unumstöfslich anerkennt [4.]. Der Richter mufs dann diesem Gesuch nachgeben, Falls nicht die Vollstreckung durch sofort liquide peremtorische [5.], durch neu entstandene dilatorische Einreden [6.], oder durch einen eingetretenen Concurs, und die, dem Schuldner zu gestattende Wohlthat der Competenz (§. 90.) gehemmt wird. Ist das Object der Vollstreckung nicht in dem Bezirk des Richters, so geht die Sache durch Requisitions-Schreiben, wodurch aber der requirirte Richter nie das Recht erhält, über die, bey der Vollstreckung der Gültigkeit des Urtheils selbst entgegengesetzten Einreden zu erkennen [7.].

§. 748.

Mittel zu deren Behuf.

Das Römische Recht kennt im Ganzen nur zwey Arten der Zwangsmittel bey der Vollstreckung, nämlich wenn ein Species zu geben ist, das Entreissen derselben [1.], in andern Fällen aber das Angreifen eines Theils des Vermögens durch

[1.] Tit. P. de except. rei iudic. (44. 2.). [2.] Schaumburg princ. prax. L. 1. S. 1. M. 4. §. 15. [3.] Ueberh. I. Carlier de execut. rei iudic. Herb. 1737. P. F. Romani de executione. Lips. 1748. [4.] L. 14. §. 3. de re iudic. (42. 1.) L. 69. de solut. (46. 3.). A. M. ist Schulting ad Paul. Sent. rec. 19. 1. [5.] S. oben §. 678. not. 12. und F. G. Corth de exceptionibus rei iudicatae executionem impedientibus. Erf. 1735. [6.] Z. B. die exceptio moratorii. [7.] L. 6. C. de execut. rei iudic. (7. 53.) cap. 5. X. de sentent. et re iudic. (2. 27.). Danz ord. Proc. §. 444. Martin Lehrb. §. 189.

[1.] L. 68. de R. V. (6. 1.) L. 7. C. de execut. rei iudic. (7. 53.).

Wegnahme beweglicher, oder Einweisung in unbewegliche Sachen, um durch deren Genufs oder Verkauf dem Gläubiger ein Aequivalent zu verschaffen [2.]. Nach den Reichsgesetzen kann im Fall einer Verpflichtung zu negativen Handlungen eine Geldstrafe gedrohet werden [3.]. Die Praxis fügt diesem noch die Einlegung der Execution, als das gelindeste Zwangsmittel im Fall eines, nicht auf offenbarem Unvermögen beruhenden Ungehorsams, und im Fall der Noth den persönlichen Arrest, das Gefängnifs, und das Anhalten zum Abarbeiten, ja sogar manchmal eine gelinde körperliche Züchtigung hinzu [4.].

§. 749.

Verfahrungsart.

Ist auf die Vollstreckung angetragen, so kommt es zuvörderst darauf an, ob der Gegenstand des Gesuchs noch erst durch eine Berechnung auszumitteln ist. Ist diefs, so mufs ein Liquidations-Verfahren eingeleitet und gehörig durchgeführt werden [1.]. Nach Erledigung aller Hindernisse und Einreden wird sodann die Vollstreckung erkannt, wobey aber der Richter, wenn nicht eine Species herauszugeben ist [2.], dem Schuldner einen, vom Tage der Eröffnung oder Bestätigung des Urtheils anzurechnenden viermonathlichen Zeitraum zur Erfüllung (tempus iudicati) gestatten mufs, welcher nur aus wichtigen Gründen verengt werden darf, wohin denn überhaupt der summarische Procefs-Gang gehört [3.]. Ist dieser verstrichen, so erfolgt die Auspfändung [4.], oder Immission, und hierauf, wenn nicht der Schuldner durch den Genufs der Sache befriedigt wird, oder werden mufs [5.], der

[2.] L. 2. L. ult. C. l. c. L. 15. de re iudic. (42. 1.). C. W. Küstner de ritu pignor. capiendor. apud veteres Romanos. Diss. 1. 2. Lips. 1742. 1743. [3.] I. R. A. §. 162. [4.] Danz §. 447. 448. Martin §. 193. 196.

[1.] Danz a. a. O. §. 445. [2.] §. 2. I. de offic. iudic. (4. 17.) L. 11. C. depositi (4. 34.). Vinnius ad §. 2. I. cit. [3.] L. 2. L. 4. §. 5. de re indic. (42. 1.) L. 2. 3. C. de usuris rei iudic. (7. 54.). Cuiac. L. 3. Obs. 39. Küstner l. c. Diss. 1. §. 7. [4.] Diese verwirft jetzt Salmasius de modo usurar. cap. 13. p. 547. (ed. Lugd. B. 1639.). Allein s. Rittershus ad Nov. P. 4. c. 7. [5.] I. Baumann de executione in usum fructum debitori in re aliena competentem rite perficienda. Trai. ad R. 1752. (Oelrichs Thes. nov. V. 1.

öffentliche Verkauf derselben nach zwey Monathen [6.]. Hier kann dann selbst der Gläubiger, und zwar vor allen andern, als Käufer auftreten, oder, wenn Niemand ein Gebot thut, sich die Sache vom Regenten gegen einen Preis zuschlagen lassen, doch behält im letzten Fall der Schuldner zwey Jahre das Einlösungsrecht, wogegen aber der Gläubiger auch jetzt nicht mehr durch den Zuschlag seine ganze Forderung verliert, sondern blofs soweit, als sie dadurch getilgt ist [7.]. Der Richter mufs aber, indem er das Vermögen des Schuldners angreift, sich immer zuerst an das Entbehrliche halten. Bey Grofsjährigen ist die gesetzliche Ordnung: erst Mobilien, dann Immobilien, zuletzt Gerechtsame; bey Minderjährigen kommen die Immobilien zuletzt [8.]; doch weicht die Praxis, besonders wenn vom Beschlagen ausstehender Forderungen die Rede ist, oft hievon ab [9.]. Uebrigens darf gegen einen Dritten die Vollstreckung nie erkannt werden, wiewohl die widerruflichen Rechte eines Dritten unter der, gegen die Güter des Schuldners verhängten Vollstreckung sehr leiden können [10.]; auch versteht es sich von selbst, dafs gegen ein widerrechtliches Verfahren bey der Vollstreckung alle, vorhin angeführten Rechtsmittel zulässig sind.

Viertes Capitel.

Ueber die im Procefs vorkommenden Nebenhandlungen.

§. 750.

I.) Recusation des Richters.

In jedem Theil des ordentlichen und aufserordentlichen Processes können mancherley Nebenhandlungen vorkommen, deren mehrere schon am gehörigen Orte beyläufig erwähnt [1.], und

T. 1.). [6.] L. 3. de re iudic. (42. 1.) L. 1. C. si in caussa iudic. (8. 25.). [7.] L. 2. 3. C. eod. L. 2. L. 3. §. 3. L. 3. §. 4. C. de iure dom. impetr. (8. 34.). Westphal Pfandrecht §. 193. 194. 199. 201. Erxleben de pignor. §. 188. [8.] L. 5. §. 9. de reb. eor. (27. 9.) L. 15. §. 2. de re iudic. (42. 1.). [9.] Danz §. 450. Martin §. 194. [10.] L. 22. C. de poenis (9. 47.) Tit. C. ne filius pro patre (4. 13.) Tit. C. ne uxor pro marito (4. 12.) Nov. 134. c. 4. cap. un. de iniur. et damn. dat. in 6. (5. 8.). I. W. Textor de execut. advers. tertium. Heidelb. 1753.

[1.] Dahin gehören der Versuch zur Güte §. 582. Die Befristun-

wovon die übrigen hier noch nachzuholen sind. Es gehört dahin I.) die Recusation eines verdächtigen Richters, worüber hier noch (in Verbindung mit §. 732—745.) zu bemerken ist, daſs sie jetzt immer geschehen kann, wenn nur die Parthey, ohne ihre Verdachtsgründe einigermaſsen zu bescheinigen [2.], selbst ohne sie besonders anzugeben [3.], einen Eyd (iuramentum perhorrescentiae) dahin leistet, daſs sie von dem Richter keine Unpartheylichkeit erwarte [4.]. Nach Kanonischem Recht muſs das Recusations-Verfahren bey dem nicht-recusirten Mitrichter, oder erwählten Schiedsrichtern angebracht werden [5.]; allein jetzt wendet man sich bey der Recusation eines Commissars an den Deleganten [6.], und bey der des ordentlichen Richters an den nächsten Oberrichter [7.]. Wird die Recusation zugelassen, so erkennt in der Sache selbst Statt des verworfenen Commissars der Concommissar, oder der Delegant [8.], Statt des Unterrichters der nächste Oberrichter oder dessen Stellvertreter [9.], ein Satz, welcher freylich zu Unbilligkeiten führt [10.]. Uebrigens muſs der Kläger vor Anstellung der Klage, und der Beklagte vor der Einlassung die Entfernung des Richters verlangen [11.], es sey denn, daſs die Verdächtigkeit erst später einträte [12.].

§. 751.

II.) Actenversendung. Zum Theil auf den Ideen von der Verdächtigkeit des Richters beruhet II.) das In-

gen und Ungehorsamsanklagen §. 615. Der Eyd für Gefährde §. 645. Der anticipirte und zum ewigen Gedächtniſs geführte Beweis §. 689. 690. und die Provocation §. 699. 700. [2.] A. M. sind viele, Malblank de iureiur. §. 39. Idem Conspectus §. 141. Hofaker T. 3. §. 4185. [3.] A. M. ist Danz ord. Proc. §. 25. [4.] Cap. 11. de rescript. in 6. (1. 3.). Boehmer I. E. P. L. 1. T. 29. §. 72—75. [5.] Cap. 4. 39. X. de offic. et potest. iud. deleg. (1. 29.). cap. 61. X. de appellat. (2. 28.). [6]. Boehmer l. c. §. 22. [7.] Claproth ord. Proc. §. 6. Malblank consp. §. 141. [8.] Cap. 23. X. de offic. et potest. iud. del. (1. 29.) cap. 4. 5. 8. eod. in 6. (1. 14.) jedoch vergl. mit §. 529. a. E. [9.] Cap. 4. X. l. c. [10.] Aber nach §. 735. a. E. schwerlich mit Gönner jur. Abh. 2. B. n. 4. als widerrechtlich angefochten werden kann. [11.] Cap. 20. X. de sentent. et re iud. (2. 27.) cap. 4. X. de except. (2. 25.). [12.] Cap. 4. l. c. L. 17. de iudic. (5. 1.).

stitut der **Actenversendung** [1.]. Weiter, als es oben (§. 743.) angegeben ist, begründen dasselbe die Gesetze nicht geradezu; doch hat man fast überall angenommen, daſs die Partheyen von dem Gericht (die Reichsgerichte und deren Surrogate ausgenommen), selbst mit Widerspruch ihres Gegners die Versendung fordern können, und daſs sogar der Richter von Amtswegen, wo er seiner Kenntniſs, oder Unpartheylichkeit nicht trauet, die Acten verschicken kann [2.]. Geschieht das letzte mittelst einer gerichtlichen Verhandlung, und nicht bloſs privatim, zur Einholung eines Gutachtens, so muſs der Richter das eingegangene Urtheil den Partheyen, als ob es von ihm selbst herrühre, bekannt machen [3.]. Der Versendung geht die Inrotulation der Acten vorher, wobey jeder Theil im Zweifel gegen drey Academien protestiren kann [4.]. Hat ein Theil allein um die Transmission gebeten, so fallen demselben die dadurch verursachten Kosten zur Last [5.].

§. 752.

III.) Reassumtion des Processes.

Als Nebenhandlung ist III.) nicht ungewöhnlich die **Reassumtion** eines Processes. Diese besteht in der Erklärung eines Nachfolgers, den von seinem Vorgänger unvollendet zurückgelassenen Rechtsstreit in seiner jetzigen Lage übernehmen zu wollen [1.]. Wer nicht als allgemeiner Nachfolger in die Verbindlichkeiten einer Person eintritt, überkommt natürlich nie ohne diese Reassumtion die Processe seines Vorgängers [2.]; von Seiten des Erben hingegen bedarf es nur dann derselben, wenn die Vollmacht ihres Erblassers nicht mit auf sie gerichtet seyn sollte, in welchem Fall eine Ladung ad reassumendum, bey deren Nichtbefolgung die Reassumtion als wirklich angenommen wird, an sie zu erlassen ist, sofern sie sich nicht von selbst dazu verstehen [3.].

[1.] **Elsässer** über den Geschäftsgang von der Versendung der Acten. Als Anhang zu **Danz** ord. Proc. [2.] **Gönner** Handb. d. Proc. 1. B. n. 5. [3.] **Müller** ad **Leyser** Obs. 762. [4.] **Leyser** Sp. 465. m. 9. fgg. [5.] **Schorch** Resp. n. 186. 285.

[1.] I. E. **Schroeter** de litis reassumt. Erlang. 1753. [2.] **Martin** §. 225. [3.] Dep. Absch. v. 1600. §. 73. I. R. A. §. 99. **Dapp** v. d. Legit. zum Proc. §. 269.

§. 753.

IV.) Interrogationen.

Dem Namen nach bekannt, aber in Rücksicht ihres Wesens fast völlig im Dunkeln waren bisher IV.) die sogenannten Interrogationes [1.], d. h. Fragen, welche der Richter im Procefs von Amtswegen einer Parthey [2.], oder welche eine Parthey der andern zur Beantwortung vorlegt [3.]. Ehemals konnte der Kläger vor Anstellung der Klage seinem Gegner nicht blofs zur Einleitung dienende (präparatorische), sondern auch direct den Grund der Klage betreffende (entscheidende) Interrogatorien vorlegen, und auf eine bejahende Beantwortung der letzten, wie auf ein Urtheil, eine sogenannte actio interrogatoria gründen. Allein das neuere Recht erlaubt blofs die präparatorischen [4.]. Lügt der Befragte erweislich, so wird er als Geständiger behandelt [5.], und eben diefs gilt, wenn er nicht antworten will [6.], nur mufs darauf angetragen werden [7.].

§. 754.

V.) Positionen.

Sehr ähnlich hiemit sind V.) die durch die Päpste erfundenen [1.], und durch die Reichsgesetze bestätigten [2.] Positionen oder Satzstücke, welche noch jetzt ihren Nutzen haben [3.]. Jeder Theil kann nämlich aus dem, was er zu beweisen hat, vor dem Beweisverfahren gewisse Sätze ausheben, und seinem Gegner zur Beantwortung aufstellen (daher jener Ponent, und dieser Ponat heifst), worauf denn bey Strafe des Eingeständnisses vom Ponaten geantwortet werden mufs. Der Ponent mufs dabey seine Ueberzeugung von der Wahrheit der Artikel durch das sogenannte

[1.] I. P. Carrach de interr. in iure earumque defectu in foris Germ. Hal. 1751. C. H. Eckhard de interr. in iur. ap. German. ect. Jen. 1746. C. F. Hommel de interr. in iur. faciendis hodie non sublatis. Lips. 1750. [2.] L. 9. §. 1. L. 21. de interr. in iur. (11. 1.). [3.] L. 3. C. de procur. (2. 13.) L. 1. §. 12. de success. edict. (38. 9.). [4.] L. 1. §. 1. h. t. (11. 1.) Stryk eod. §. 14. [5.] L. 11. §. 4. eod. [6.] L. 11. §. 4. 7. eod. Stryk eod. §. 77. Voet eod. §. 9. A. M. ist mit vielen Malblank princ. §. 244. Allein man unterscheide nur zwischen dem: Du wirst als Leugnender, und dem: Du wirst als Lügner behandelt, so ist alles klar. [7.] Stryk eod. §. 78.

[1.] Cap. un. X. de lite contest. (2. 5.) cap. 1. de confess. in 6. (2. 9.) Clem. 2. de Verb. singn. (5. 11.). [2.] I. R. A. §. 34. 37. 41. 49. [3.] Böhmer I. E. P. L. 2. T. 5. §. 11.

iuramentum dandorum, der Ponat sein Leugnen durch das iuramentum respondendorum bestärken [4.]. Das Einräumen der Artikel befreyt den Ponenten sodann von der Beweislast; das Leugnen aber schliefst ihn nicht von einer bessern Beweisführung aus [5.]. Natürlich enthalten die Artikel wider den Ponenten immer einen vollen Beweis [6.].

§. 755.

VI.) Cautionen. Mittel.

Ganz vorzüglich wichtige Nebenhandlungen sind VI.) die Cautions- oder Sicherheits-Leistungen im Procefs [1.]. Die Bestellung derselben kann geschehen 1.) durch ein mündliches Versprechen des Cavirenden, und dann wieder durch ein blofses Versprechen (cautio nude promissoria), oder eydlich (c. iuratorio); oder 2.) aufserdem durch etwas, was dem, welcher Sicherheit sucht, noch mehr Sicherheit verschafft (cautio realis). Die gewöhnlichsten Arten einer solchen reellen Caution sind die Bürgschaft und Verpfändung; doch kann man auch noch manche andre z. B. die Sequestration, und den Arrest dahin zählen [2.].

§. 756.

Arten derselben.

Die am häufigsten zu bestellenden Cautionen sind 1.) der Vorstand wegen der Unkosten (c. pro expensis). Die Gröfse desselben richtet sich natürlich nach dem wahrscheinlichen Betrage der Procefs-Kosten. 2.) Die cautio de iudicato solvendo, welche sich nach der Gröfse des Gegenstandes des Rechtsstreits richtet [1.]. 3.) Die cautio de prosequenda lite und de iudicio sisti. Diese auf eine bestimmte Summe zu fixiren ist nicht wohl möglich, sie mufs daher unbestimmt auf Ersetzung des Schadens gerichtet werden,

[4.] A. W. Meyer vom iuramento dandor. et respondendorum sowohl überhaupt, als insbesondere im St. Osnabrück. Gött. 1780. [5.] Clem. 2. de V. S. (5. 11.). [6.] Stryk L. 11. T. 1. §. 69.

[1.] S. Tit. P. qui satisdare cog. (2. 8.) Tit. de stipul. praetor. (46. 5.) Tit. iudicat. solvi (46. 7.) Tit. ratam rem hab. (46. 8.). [2.] Glücks Comment. §. 243.

[1.] §. 5. I. de satisd. (4. 11.). Voet L. 2. T. 8. §. 14. 15.

welcher daraus erwachsen sollte, wenn der Cavirende den Procefs liegen läfst, oder sich nicht stellt [2.]. Eben diefs gilt 4.) von der cautio de rato, welche von dem Stellvertreter eines andern, auf den Fall, dafs der letzte die Handlungen des ersten nicht genehmigen sollte, wegen des hieraus erwachsenden Schadens zu bestellen ist [3.]. Endlich kann noch 5.) der Beklagte vom Kläger einen Vorstand der Widerklage halber (cautio pro reconventione) verlangen. Dieser ist keine Unterart der cautio de iudicato solvendo [4.], sondern der cautio de iudicio sisti [5.], und also eben so, wie diese, zu bestellen.

§. 757.

Fälle der Bestellung. Röm. Recht.

In Ansehung der Frage: wann jene Cautionen zu bestellen sind, mufs man das Justinianeische Recht von der heutigen Praxis, und zwar jenem zufolge so unterscheiden. I.) Wenn die Partheyen selbst streiten, so mufs 1.) der Beklagte caviren, dafs er sich stellen und bleiben [1.], hingegen 2.) der Kläger, dafs er binnen 2 Monathen den Streit förmlich eröffnen, ihn enden, und im Unterliegungs-Fall $\frac{1}{10}$ vom Streitgegenstande als Schadensersatz zahlen wolle [2.]. Tritt aber II.) ein Stellvertreter auf, und zwar 1.) als Kläger, so braucht er a.) wenn er eine Vollmacht hat, nicht zu caviren [3.], hat er aber b.) keine solche, so bestellt er die cautio de rato [4.]. Anders verhält es sich, wenn er 2.) Jemand als Beklagten vertheidigen will; denn dann mufs er, selbst mit einer Vollmacht versehen, in allen Fällen cautio de iudicato solvendo [5.], und bey dinglichen Klagen [6.] aufserdem noch die cautio de rato bestellen [7.]. Vormünder

[2.] L. 2. §. 4. qui satisd. cog. (2. 8.). [3.] L. 13. rat. rem. hab. (46. 8.). [4.] A. M. ist Pistor P. 3. qu. 115. Pufendorf proc. P. 2. c. 6. §. 19. [5.] Carpzov P. 2. Resp. 83. n. 11. Claproth ord. Proc. §. 139.

[1.] §. 2. I. de satisd. (4. 11.). [2.] Nov. 96. c. 1. Nov. 112. c. 2. [3.] L. 1. C. de procur. (2. 13.). [4.] §. 3. I. l. c. [5.] §. 4. 5. I. l. c. L. 1. C. cit. L. 8. D. de procurat. (3. 3.). [6.] Die Ausnahmen bey persönlichen s. in L. 39. §. ult. D. eod. L. 6. ratam rem hab. (46. 8.). [7.] L. 40. §. 2. 3. L. 45.

werden zur Cautions-Leistung aus eignem Vermögen nicht gezwungen [8.].

§. 758.

Heutige Praxis. Die heutige Praxis, welche von dem Hauptprincip ausgeht, daſs man nicht ohne Noth, nicht ohne Verdacht und Unsicherheit Cautionen fordern dürfe [1.], hat hierin vieles geändert; doch fehlt es noch immer an einer recht fixirten Theorie hierüber. Folgendes sind die herrschenden Ideen: I.) Die Partheyen selbst leisten, und zwar 1.) der Kläger A.) den Vorstand der Unkosten halber bloſs dann, wenn er nicht angesessen [2.], seine Sache verdächtig, oder wenn er einer andern Gerichtsbarkeit unterworfen ist [3.]. In Ehesachen [4.], und wenn Jemand aufgerufen als Kläger erscheint, fordert man sie gar nicht, so wenig als B.) im letzten Fall den Vorstand wegen der Widerklage [5.], welcher auſserdem nie verlangt wird, wenn Klage und Widerklage in demselben Schriftwechsel (§. 544.) verhandelt werden [6.]. Wird die Widerklage separirt verhandelt, so kann dennoch jene Caution nur gefordert werden, wenn der Widerkläger einigermaſsen seinen Klaggrund angegeben hat [7.], und dabey den Kläger, z. B. weil er nicht vor dieſs Gericht gehört, ein besonderer Verdacht trifft [8.]. C.) Die cautio de prosequenda lite braucht erst nach vorgängigem Ungehorsam bestellt zu werden [9.]. 2.) Der Beklagte leistet die cautio de sistendo und de iudicato solvendo, wenn er wegen der Flucht oder Verschleuderung verdächtig [10.], oder einer andern Gerichtsbarkeit unterworfen ist [11.]. II.) An-

§. ult. de procur. (3. 3.). [8.] L. 1. §. 2. L. 23. de admin. et peric. tut. (26. 7.) vergl. mit L. 28. §. 3. C. eod. (5. 37.) Voet L. 2. T. 8. §. 13.

[1.] Mevius P. 3. Dec. 55. Beckmann Cons. T. 2. Dec. 23. [2.] Wernher P. 4. Obs. 95. P. 5. Obs. 196. Rivinus ord. proc. sax. T. 13. En. 1. 29. [3.] Mevius P. 2. Dec. 26. Cons. Tub. V. 9. C. 59. n. 57. fgg. Voet L. 2. T. 8. §. 1. [4.] Berger Oecon. L. 4. T. 19. Th. 2. n. 2. Hommel Rhaps. Obs. 14. [5.] Danz summar. Proc. §. 143. [6.] Ludovici doctr. Pand. L. 2. T. 8. §. 9. [7.] Mevius P. 2. Dec. 26. Martini Proc. T. 13. §. 1. n. 44. fgg. [8.] Boehmer ius Dig. L. 2. T. 1. §. 25. [9.] Schilter Exerc. 7. §. 17. [10.] Wernher P. 9. Obs. 90. Mevius P. 1. Dec. 177. [11.] Voet l. c. §. 10. Boehmer I. D.

wälde, welche Vollmacht haben sind für sich selbst von Cautionen frey [12.], und wenn sie ohne Vollmacht handeln, so pflegt man ihnen nur die cautio de rato aufzulegen [13.].

§. 759.

Wie sind sie zu bestellen?

Die bisher genannten Cautionen müssen nach den Gesetzen durch Bürgen, und in der Regel [1.] durch tüchtige d. h. zahlungsfähige [2.], und zahlungsfähigbleibende [3.], auch leicht auszuklagende, also nicht durch unfähige, abwesende, oder fremde Gerichts-Untergehörige bestellt werden [4.]; auch verlangt man häufig Entsagung der, dem Bürgen als solchem zustehenden Rechtswohlthaten [5.]. Die Praxis überläfst es jedoch da, wo sich über das Maafs der Leistung etwas bestimmtes sagen läfst, der Wahl des Cavirenden, sofern er nichts versprochen hat, ob er Bürgen stellen, oder diefs durch Pfandbestellungen und Depositionen von sich abwenden will [6.]. Wer beydes erweislich nicht kann, und im eignen Namen Sicherheit zu bestellen hat, wird in Civil-Sachen zur eydlichen Caution gelassen [7.], ein Recht, welches man bey den Römern als Vorrecht unbedingt jedem vir illustris gestattete [8.], und welches die Praxis jetzt auch den bedeutend salarirten höheren Staatsbedienten einräumt [9.]. Der Fiscus dagegen cavirt immer durch ein simples Versprechen [10.], und mit diesem begnügt man sich jetzt, vermöge einer ausdehnenden Erklärung der, von der cautio de iudicio sisti handelnden Gesetze [11.]

L. 2. T. 8. §. 10. [12.] Boehmer I. E. P. L. 1. T. 38. §. 46. [13.] Lauterbach de caut. de rato a coniunct. person. praestanda. §. 5.

[1.] Verwandte Personen sind in Betreff der Vermögenstüchtigkeit der Bürgen befreyt L. 1. 2. de in ius voc. (2. 3.) L. 2. h. t. (2. 8.) L. 234. §. 1. de V. S. (50. 16.). [2.] S. die vorhergehende Note. [3.] L. 10. in f. h. t. (2. 8.) L. 5. iudic. solvi (46. 7.) L. 3. de fideiuss. (46. 1.). [4.] L. 1. si quis in ius voc. (2. 5.) L. 7. pr. h. t. (2. 8.). [5.] Glück Comm. §. 246. [6.] L. 7. pr. de praetor. stipul. (46. 5.) Mevius P. 5. Dec. 348. P. 8. Dec. 353. Stryk L. 2. T. 8. §. 8. Hofacker T. 3. §. 4406. [7.] Nov. 112. cap. 2. Dapp v. d. Legit. zum Proc. §. 496. 510. [8.] L. 17. C. de dignitat. (12. 1.). [9.] Leyser Sp. 34. m. 5. [10.] L. 6. §. 2. L. 16. §. 8. ut legator. vel fideicomm. caussa (36. 3.). [11.] L. 15. pr. h. t. (2. 8.) Dapp v. d. Legit. zum Proc. §. 477.

überall, ohne Eyd und besondere Verpfändung [12.], wenn der Cavent in demselben Gerichtsbezirk körperliche Immobilien [13.], sie seyen verschuldet oder nicht [14.], wirklich im wahren Besitz hat [15.], sie mögen nun Gegenstand des Streits selbst, oder von einem Dritten in Anspruch genommen seyn, oder nicht [16.], wiewohl sie im ersten Fall bloſs wegen der reinen cautio de iudicato solvendo von der Sicherheits-Leistung befreyen können [17.].

§. 760.

Wie lange, und von wem sind sie zu fordern.

Die Cautionen, welche die Anwälde zu leisten haben, fordert der Richter von Amtswegen, und zwar jetzt, nach Veraltung des dominii litis (§. 561.) in jedem Theile des Rechtsstreits [1.]. Die von der Hauptparthey zu bestellenden Vorstände können von der Gegenparthey erlassen, und nicht vom Richter als solchem gefordert werden, ausgenommen wo er (§. 598.) sich ungebeten einer Parthey anzunehmen hat. Wer die Cautions-Forderung aufgeben kann, muſs sie, wenn er dieſs nicht will, vor der Einlassung anbringen, es sey denn, daſs erst nachher der Grund derselben einträte [2.].

§. 761.

VII.) Urkunden-Edition.

In Beziehung auf das Beweisverfahren, zuweilen aber auch zu andern Zwecken z. B.

[12.] Danz ord. Proc. §. 465. Wernher lect. comm. L. 2. T. 8. §. 5. Nach L. 26. §. 6. C. de episc. audient. (1. 4.) L. ult. §. 1. C. de sport. (3. 2.) L. ult. C. de princip. agent. in reb. (12. 22.) sollte hier eigentlich das Versprechen eydlich seyn. [13.] L. 15. pr. §. 1. 2. 3. h. t. (2. 8.). [14.] Wernher P. 7. Obs. 117. Carpzov P. 1. C. 5. D. 14. [15.] L. 15. pr. §. 1. 2. 3. 4. h. t. (2. 8.). Denen, welche hier den Besitz wegen L. 143. de V. S. (50. 16.) L. 15. de R. I. (50. 17.) erlassen, setze man nur L. 204. eod. entgegen. Glück Comm. §. 248. [16.] L. 15. §. 6. h. t. (2. 8.). [17.] Glücks Comment. §. 248.

[1.] Dapp v. d. Legit. zum Proc. §. 478. Anders war es nach L. 40. §. 3. de procur. (3. 3.). [2.] L. 7. de fer. (2. 12.) Mevius P. 1. Dec. 137. 177. P. 3. Dec. 75. Stryk L. 2. T. 8. §. 3.

zur Redintegration verlorener Acten [1.], ist VII.) das Gesuch um Urkunden-Edition [2.] besonders wichtig, und nützlich, sofern es vor dem Beweis-Termin angebracht wird [3.]. Ueber die Zulässigkeit desselben bemerke man: 1.) jeder kann von dem andern Edition seiner eignen, oder ihm und dem andern gemeinschaftlich gehörenden Urkunden verlangen [4.], nur mufs er, wenn er sein Gesuch wegen gemeinschaftlicher Urkunden gegen den Fiscus richtet, Caution leisten, dafs er sie nicht wider den Staat und den Fiscus gebrauchen wolle [5.]. Auf eben dem Grunde beruhete denn auch bey den Römern die Verpflichtung der Argentarien zur Edition ihrer Rechnungsbücher [6.], und von eben dieser Seite pflegt man den Kaufleuten und Notaren die Pflicht, ihre Bücher und Protocolle zu ediren, aufzulegen [7.]. Kann aber 2.) das Editions-Gesuch nicht auf eigne Rechte gegründet werden, so ist A.) der Kläger als solcher dem Beklagten seine Urkunden, aber nur so weit sie diesen Procefs und den Beweis betreffen, zu ediren schuldig [8.]. Dagegen ist B.) der Beklagte dem Kläger nicht dazu gehalten [9.], ausgenommen a.) wenn der Fiscus, dessen Vorrechte man [10.], aber offenbar widerrechtlich [11.], auf die Kirchen ausdehnt, Kläger ist [12.]; ferner b.) wenn der Kläger die Edition verlangt, um den Einreden des Beklagten begegnen zu können [13.]; und endlich c.) wenn der Beklagte wegen eines Zinswuchers in Anspruch genommen ist [14.]. In Praxi pflegt man, wiewohl ohne

[1.] Martin Lehrb. des Proc. §. 239. [2.] I. C Hartung de eo quod iust. est circa instrumenta edenda. Jen. 1684. I. F. Wahl de edit. instrum. Giess. 1755. [3.] Hellfeld iurispr. for. §. 1171. [4.] L. 4. §. 1. L. 6. §. 5. ad exhib. (10. 4.) L. 46. §. 5. de admin. et peric. tut. (26. 7.) L. 7. C. de edendo (2. 1.) L. 4. C. de fide instr. (4. 21). [5.] L. 45. §. 6. de iure fisci (49. 14.). [6.] L. 4. de edendo (2. 13.). [7.] Voet L. 2. T. 13. §. 20. Stryk eod. § 19. fgg. [8.] L. 1. §. 3. eod. [9.] A. M. ist I. C. Maiso reus ab editione instrument. non immunis. Jen. 1786. Allein s. L. 1. L. 4. L. ult. C. de edendo (2. 1.) und F. W. Kossel de causs. oblig. ad edend. instrum. Goett. 1796. in Appendice. [10.] Leyser Sp. 38. cor. 3. [11.] Boehmer I. E. P. L. 2. T. 22. §. 14. Müller Obs. 149. [12.] L. 3. de edendo (2. 13.) L. 2. §. 1. de iure fisci (49. 14.). [13.] arg. L. 1. de except. (44. 1.) Stryk L. 2. T. 13. §. 18. A. M. ist Müller Obs. 150. [14.] Clem. un. de usuris (5. 5.).

Grund, diese Ausnahmen noch sehr zu vermehren [15.]. Besitzt endlich C.) ein Dritter die Urkunden, so hält ihn die Praxis immer zur Edition verpflichtet, sofern ihm daraus kein Nachtheil erwächst [16.]. Bey dem Gesuch um Edition muſs übrigens der Bittende zuvörderst sein Recht an der Urkunde, oder sein Interesse darlegen. Leugnet der Beklagte den Besitz der Urkunde, so muſs er sich auf Verlangen durch das iuramentum editionis reinigen. Verweigert er, ohne Grund, und aller Drohungen ungeachtet, die Edition, so wird, wenn der Inhalt der Urkunde bekannt und der Ungehorsame Parthey ist, die Edition und Recognition als geschehen angenommen, sonst aber der Kläger nach Umständen zum Erfüllungs-, oder Schätzungseyde zugelassen [17.].

§. 762.

VIII.) Renunciation. Nominatio auctoris.

Zum Beschluſs sind noch VIII.) die mancherley Fälle zu erwähnen, da sich Jemand aus einem Rechtsstreit herausziehen, oder einen andern in denselben hineinziehen, oder endlich freywillig in denselben eintreten kann. Das erste geschieht von Seiten des Klägers durch Renunciation des Processes, welche denn natürlich die Wirkung eines förmlich verlorenen Processes haben muſs [1.]; von Seiten des Beklagten hingegen durch Entgegensetzung der Einrede der nicht gegründeten Klage. Ist die Klage zwar nach der Strenge gegen den Beklagten gegründet, weil er sich im Besitz dessen befindet, was gegen jeden Besitzer verfolgt werden kann, schützt er sich aber, wie er es kann [2.], mit der Einrede, daſs er Namens eines andern besitze, und mithin gegen diesen die Klage zu richten sey: so nennt man dieſs laudatio s. nominatio auctoris [3.]. Gewöhnlich nimmt man

[15.] Vergl. Hofacker T. 3. §. 4472. mit Leyser Sp. 38. cor. 2. [16.] Hofacker l. c. §. 4473. Eine Bestreitung dieser Theorie s. bey Kossel a. a. O. [17.] Hellfeld §. 1172. 1173. Hofacker §. 4475. 4476.

[1.] Martin Lehrb. §. 244. Danz §. 486. [2.] L. 9. de R. V. (6. 1.) Lauterbach de nominat. §. 8. [3.] I. C. Koch de laudat. et nominat. auctor. Giess. 1779. Sehr ausgedehnt nimmt den Begriff Gönner Handb. 2. B. n. 29. §. 1—7.

auf diese Einrede Rücksicht, wenn der Excipient sie mit dem Eyde für Gefährde bestärkt [4.].

§. 763.

Adcitatio. Litis Renunciatio.

Wird Jemand aufgefordert, einem Rechtsstreit beyzutreten, so geschieht diefs entweder, um ein eignes Haupt-Interesse wahrzunehmen, oder nur um den Auffordernden zu vertreten. Jenes heifst adcitatio, dieses Litis denunciatio [1.]. Die letzte kann nach den Gesetzen eigentlich blofs da nicht ohne Nachtheil unterlassen werden, wo Jemand, welcher im Streit ist, im Fall des Verlusts desselben Evictions-Forderungen an den andern hat [2.]; doch legt man häufig einem jeden (z. B. dem Bürgen), welchem überhaupt nur ein Regrefs gegen einen andern zusteht, die Pflicht der Litis-Denunciation auf [3.]. Diese kann übrigens sowohl durch eine Privat-Anzeige, als durch den Richter des Hauptstreits geschehen [4.], nur mufs sie zeitig d. h. wenn die Assistenz noch hilft, erfolgen [5.]; auch den Denunciaten, welchem nicht grade die ganzen Acten zugestellt zu werden brauchen [6.], von der Lage der Sache gehörig unterrichten. Sollte ein Streit über die Zulässigkeit der Denunciation, welche aber den Denunciaten nie zur Assistenz verpflichtet [7.], entstehen, so wird dieser schnell beendigt, und oft bis zum Ende der Hauptsache, welche dadurch nicht aufgehalten werden darf, hinausgesetzt [8.].

[4.] Lauterbach §. 10. 2. B. n. 29. §. 1—7.

[1.] E. C. Canz de adcitatione tertii ad litem. Tub. 1759. Studemund (Pr. Trendelenburg) de litis denunc. auctor. Bütz. 1774. G. L. Krukenberg de litis denunc. Goett. 1784. Gönner Handb. 2. B. n. 29. §. 8. fgg. [2.] S. oben §. 170. Struben 1. B. 16. Bed. Hommel Rhaps. Obs. 191. Dönndorf jur. Abh. n. 17. [3.] Leyser Spec. 141. m. 1. Gönner jur. Abh. 2. B. n. 39. [4.] Wernher P. 7. Obs. 14. [5.] Also auch noch in der Appellat. Inst. wenn neue Deduction und Beweise zulässig sind. Vergl. Stryk L. 21. T. 2. §. 20. Studemund l. c. Sect. 1. §. 11. Pufendorf T. 2. Obs. 35. T. 4. Obs. 264. Quistorp Bemerk. 1. Th. n. 27. [6.] Studemund Sect. 1. §. 3. [7.] Wernher P. 4. Obs. 84. [8.] Hellfeld iur. for. §. 1126.

§. 764.

Interven- tion.

Tritt Jemand freywillig in einen Rechtsstreit ein, so heifst diefs Intervention [1.]. Geschieht diefs I.) um ein eignes Haupt-Interesse zu verfolgen, so nennt man sie Principal-Intervention. Hier sind wieder mehrere Fälle, nämlich der Intervenient will entweder 1.) nur concurriren, und Niemand ausschliefsen; daraus entsteht die uneigentliche Principal-Intervention; oder 2.) er will Jemand durch seinen Eintritt entfernen: eigentliche Principal-Intervention. Hier sind wieder mehrere Fälle möglich. Entweder will er A.) beyde Theile ausschliefsen, oder B.) nur einen Theil, und zwar diesen entweder a.) ganz, oder b.) nur zum Theil. Hat dagegen II.) der Intervenient nur die Absicht, einem Theil beyzustehen, so heifst diefs accessorische Intervention. Verbindet er endlich III.) eine Art der Principal-Intervention (welches freylich nicht bey allen angeht) mit der accessorischen: so entspringt hieraus die vermischte Intervention.

§. 765.

Fort- setzung.

Die accessorische und uneigentliche Principal-Intervention begründet keinen neuen Streit, wohl aber die eigentliche principale, wodurch denn, bis zur Entscheidung, die Hauptsache einstweilen sistirt wird. Die letzte hat denn auch zu jeder Zeit Statt [1.], während die accessorische nur so lange, als die Assistenz dienlich seyn kann, zulässig ist [2.]. Die uneigentliche principale kann aber im Zweifel, um Verwirrung zu verhindern, nur so lange gestattet werden, als der Gegner der Personen, denen der Intervenient beytritt, auf die Forderungen jener noch nicht geantwortet hat. Bey der accessorischen Intervention mufs der Intervenient den Procefs in der Lage mit fortsetzen, wie er liegt [3.]; bey der eigentlichen Principal-Inter-

[1.] Vergl. über diese, noch sehr im Dunkeln liegende Materie I. Claproth de interventione. Goett. 1765. Gönner Handb. 1. B. n. 29. §. 14 — 22.

[1.] I. P. Besserer de intervent. post sententiam. Giess. 1744. Wernher P. 7. Obs. 176. Hommel rhaps. Obs. 452. Struben 5. B. 100. Bed. [2.] Claproth l. c. §. 33. [3.] cap.

vention hingegen braucht er von dem bisher Verhandelten nichts wider sich gelten zu lassen, ausgenommen wenn er um den Procefs wufste, dazu schwieg, und der, welchen er verdrängen will, aus einem Grunde stritt, welchen er, der Intervenient, allein geltend machen konnte, und also der Procefs als ein, für den Intervenienten geführtes Geschäft angesehen werden kann [4.].

Zweyter Abschnitt.

Ueber den nicht - streitigen Procefs.

§. 766.

Die Verfahrungsart des Richters in Sachen der willkührlichen Gerichtsbarkeit (§. 521.) ist zwiefach, indem in manchen Fällen ein nichtstreitiges Geschäft, wie z. B. die Bestätigung eines Vormundes, eine vorgängige richterliche Untersuchung bedarf; in andern Fällen hingegen, z. B. wenn unter obrigkeitlicher Auctorität eine Adoption, oder Emancipation geschieht, eine solche nicht erforderlich ist. In jenem Fall nennt man die willkührliche Gerichtsbarkeit die vermischte (iurisdictio voluntaria mixta), in diesem die reine (id. vol. mera). Handlungen, welche zu der ersten gehören, müssen a.) vom competenten Richter [1.], und zwar b.) wenn auch nicht grade immer [2.] an der Gerichtsstelle, doch innerhalb des Gerichtsbezirks vor einem gehörig besetzten Gericht [3.], auch c.) an Gerichts - Tagen ausgeübt werden [4.], und d.) niemals in eignen Sachen des Richters [5.]. Der erste und letzte Satz ist nur im Ganzen bey Handlungen der reinen willkührlichen Gerichtsbarkeit

2. ut. lite pendent. in 6. (2. 8.). [4.] L. 63. de re iudic. (42. 1.) Claproth l. c. §. 19. not. a. A. M. ist Gail L. 1. Obs. 70. n. 26.

[1.] L. 20. de iurisd. (2. 1.) Eine Prorogation gestattet hier jedoch Pufendorf Obs. T. 2. Obs. 13. Obs. 95. §. 3. 4. [2.] Eine Ausnahme enthält L. 3. §. 8. de bonor. poss. (37. 1.) L. 2. §. 1. quis ordo in poss. (38. 15.). [3.] Claproth von freywill. Gerichtsh. §. 14. [4.] L. 7. C. de feriis (3. 12.). [5.] L. 10. de iurisd. (2. 1.).

nicht anwendbar [6.]; der zweyte gilt auch hier [7.], und der dritte fällt blofs da weg, wo eine Sache eilig und menschenfreundlich ist, und überhaupt bey Adoptionen und Emancipationen [8.].

§. 767.

Die einzelnen, zu der gemischten, oder reinen willkührlichen Gerichtsbarkeit gehörenden Handlungen lassen sich hier nicht einzeln aufzählen, da sie sämmtlich mit andern Lehren des Privat- und Regierungsrechts genau zusammenhängen, und daher (in der Lehre von der Adoption, Emancipation, Vormundschaft und dem Vergleich) bereits zum Theil angeführt, theils in der Folge (in der Lehre vom Pfandrecht, den Testamenten u. s. w.) gelegentlich zu erwähnen sind. Hier daher nur noch die allgemeine Bemerkung, dafs der Richter, wenn er bey solchen Handlungen etwas versieht, nicht allein durch die oben (§. 611.) erwähnte Actio in factum auf Entschädigung belangt [1.], sondern dafs auch die Verfügung desselben durch eine sogenannte aufsergerichtliche Appellation (im Gegensatz deren man die Appellation in streitigen Sachen die gerichtliche nennt) angefochten werden kann. Auch bey dieser ist die Einlegung, und zwar eine schriftliche, die Beschwerden angebende Einlegung, binnen zehn Tagen, so wie die Bitte um Acten und Apostel nothwendig [2.].

[6.] L. 2. pr. de offic. procons. (1. 16.) L. 36. §. 1. de adopt. (1. 7.) Claproth a. a. O. §. 13. [7.] Reinhardt ad Christ. Vol. 4. Obs. 15. A. M. ist Leyser Sp. 29. m. 2. [8.] L. 8. C. de feriis (3. 12.) cap. 5. X. eod. (2. 9.) Glück Comment. §. 194.

[1.] Tit. P. de magistrat. conven. (27. 8.). [2.] cap. 1. 3. 8. de appellat. in 6. (2. 15.) Clem. 5. de appellat. (2. 12.) R. A. v. 1594. §. 94. 95. Danz ord. Proc. §. 412. S. jedoch auch Gönner Handb. 4. B. n. 45. §. 21. fgg.

Ende des ersten Bandes.

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Thibaut, Anton Friedrich Justus,

System des Pandekten-Rechts

Bd.: 1

Jena 1803

J.rom.c. 310 a-1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10565980-2